

Der Wertersatz im Bereicherungsrecht

Thomas Pankow

1972



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550808_0073

DER WERTERSATZ IM BEREICHERUNGSRECHT

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Thomas P a n k o w

Rechtsreferendar in München

1972

Erstgutachter: Professor Dr.jur. Uwe Wesel

Zweitgutachter: Professor Dr.jur. Arwed Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 13. November 1972



INHALTSÜBERSICHT

	Seite
EINLEITUNG	
A. Das Problem	1
B. Methode der Untersuchung	9
 1. KAPITEL	
ART UND UMFANG DES "ERLANGTEN" IM SINN DES § 812 I 1 BGB	11
 A. Die einheitliche Bestimmung des Bereicherungs- gegenstandes durch das Erfordernis einer Ver- mögensverschiebung	11
 B. Andere Auffassungen über Art und Umfang des "Erlangten" im Sinn des § 812 I 1 BGB	16
I. Die "Unterscheidungslehre" von L e o n - h a r d; Darstellung und Kritik	16
II. Die "Eingriffstheorie"	18
1. Die Auffassung von S c h u l z	18
2. Die Auffassung von J a k o b s	20
3. Kritik beider Auffassungen	22
III. Die "Zuweisungstheorie" von Wilburg; Darstellung und Kritik	25
IV. Die Zuweisungstheorie von v. C a e m - m e r e r; Darstellung und Kritik	32
V. Die Auffassungen von K e l l m a n n und K l e i n h e y e r	35
 C. Die Identität von Be- und Entreicherung in § 812 I 1 BGB	37
I. Die Bestimmung des "Erlangten" durch das Tatbestandsmerkmal "auf dessen Kosten"	37

II. Bereicherung und Schaden	39
III. Bereicherung und Gewinnherausgabe	49
IV. Bereicherung und Ausgabenersparnis	50
V. Zusammenfassung	55

2. KAPITEL

ART UND UMFANG DES WERTERSATZES NACH

§ 818 II BGB	56
--------------	----

A. Der Wertbegriff in § 818 II BGB	56
------------------------------------	----

I. Wesen und Zweck der Bereicherungsansprüche nach den §§ 812, 818 II BGB	60
--	----

II. Die Auslegung des § 818 II BGB	
------------------------------------	--

1. Der allgemeine Sprachgebrauch des Begriffes "Wert"	61
---	----

2. Wesen und Zweck des Wertersatzanspruches	63
---	----

3. § 818 III BGB als Auslegungskriterium	64
--	----

4. Die Surrogationsnatur des § 818 II BGB als Auslegungskriterium	68
--	----

5. Abgrenzung zum Affektionswert	71
----------------------------------	----

B. Der Umfang des Wertersatzes

I. Die Ausgabenersparnis als Kriterium der Wertfeststellung	71
--	----

II. Der Wert als vermögenserhebliches Interesse des Bereicherten	77
---	----

1. Die analoge Anwendung der schadensersatz- rechtlichen Berechnungsmethode	77
--	----

2. Der subjektive Vermögensbegriff	80
------------------------------------	----

3. Der objektiv abstrakte Wert als obere Grenze des Interesses	81
---	----

4. Die Beweislast	83
III. Die Bedeutung des "venire contra factum proprium" für die Wertermittlung	83
C. Zusammenfassung	88
3. KAPITEL	
Der Zeitpunkt der Wertfeststellung nach § 818 II BGB	89
A. Die Vermögensverschiebung als maßgeblicher Zeitpunkt	89
B. Andere Auffassung ^{en} über den Zeitpunkt der Wertermittlung	90
I. Die Meinung von Heinrich L a n g e	90
II. Die Entstehung des Anspruchs nach § 818 II BGB	91
III. Die Auffassung von K o p p e n - s t e i n e r	92
C. Kritik an K o p p e n s t e i n e r	94
I. Methodische Fehlerhaftigkeit der Auslegung des § 818 II BGB	95
II. § 818 I BGB als argumentum e contrario für den Zeitpunkt der Vermögensverschiebung	98
III. Die Anwendbarkeit der Parömie "cuius est periculum, eius et commodum esse debet"	100
IV. § 818 III BGB als argumentum e contrario für den Zeitpunkt der Vermögensverschiebung	101

D. Zusammenfassung

102

Literaturverzeichnis

- A n t o n i, Die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung im gewerblichen Rechtsschutz, Diss. jur. Heidelberg, 1959
- B a r n s t e d t, Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. jur. Göttingen, 1940
- B a r t h o l o m e y c z i k, Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt a. M., 1967, 4. Auflage
- B a t s c h, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe, Marburg 1968
- B a u r - W o l f, Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld - Das Wegnahmerecht des Nichtbesitzers - BGHZ 40, 272, JuS 1966, 393
- B e r g, Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB, AcP 160, 505 ff.
- B i e l s c h o w s k y, Der Verlust einer "tatsächlichen Anwartschaft", AcP 153, 80 ff.
- B o e h m e r, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952
- B o l z e, Zur Lehre von den Conditionen, insonderheit von der *condictio sine causa*, AcP 78, 422 ff.
- v. C a e m m e r e r, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschr. für Rabel, Bd. I, Tübingen 1954, S. 333 ff.;
d e r s e l b e, Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S. 145 ff.
- C o l l a t z, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, Diss. jur. Berlin 1899

- D a v i d s o n , Mc K i n s e y , S u p p e s , Philosophy of Science, New York, 1955
- D e r n b u r g , Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, II. Band, 2. Abteilung, 1. und 2. Auflage, Halle 1901
- D e s c o m b e s , Über den Fortfall der Bereicherung, Diss. jur. Jena 1940
- D i e d e r i c h s e n , Anmerkung zur Entscheidung BGH NJW 1964, 1853, NJW 1964, 2296
- d e r s e l b e : Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, BGB-Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1971
- D i e s s e l h o r s t , Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtssprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968
- E n g i s c h , Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg 1965
- d e r s e l b e : Die Relativität der Rechtsbegriffe, in: Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958
- E n n e c c e r u s - K i p p - W o l f f , Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Schuldrecht, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958, bearbeitet von Lehmann; III. Band, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957, bearbeitet von Raiser.
- E r m a n , Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, Münster 1967
- E s s e r , Schuldrecht, Band II, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
- F i k e n t s c h e r , Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin 1971
- F i s c h e r , H. A. , Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903;
- d e r s e l b e : Bereicherung und Schaden, Festschrift für Zitelmann, München-Leipzig, 1913, S. 1 ff.
- F l e s s n e r , Wegfall der Bereicherung, Berlin-Tübingen, 1970

- F l u m e , Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103 ff.
- d e r s e l b e : Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 1970, 1161 ff.
- F o r k e l , Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Bd. VI der Berliner Juristischen Abhandlungen, Berlin 1962
- F r a n k e , Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte, Diss. jur. Göttingen, 1931
- F u r t n e r , Zur Frage der Bemessung der Höhe des nach § 818 Abs. 2,3 BGB zu leistenden Wertersatzes, MDR 1961, S. 649 ff.
- H a a s , Die Darstellung des Tatbestandes der ungerechtfertigten Bereicherung in moderner Sicht, Diss. jur. Tübingen, 1960
- H e c k , Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- d e r s e l b e : Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1929
- H i l l m e r , Der Vermögensbegriff bei der Bereicherung, Diss. jur. Marburg, 1933
- H o r s t , Die Beschränkung der Bereicherungshaftung, Diss. jur. Köln, 1961
- I h e r i n g , Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Leipzig, 1844
- J a k o b s , Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn, 1964
- J u n g , Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes", Leipzig, 1902

- K e l l m a n n, Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969
D e r s e l b e: Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter, NJW 1971, S 862 ff.
- K i s c h, Bereicherungsansprüche bei gutgläubiger Patentverletzung, in: Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Reichspatentamts, Berlin 1927, S. 92 ff.
- K l e i n h e y e r, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, 473 ff.
d e r s e l b e: Rechtsgutverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, 471 ff.
- K o p p e n s t e i n e r, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 71, 588 ff.
d e r s e l b e: Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 1971, S. 1769 ff.
- K ö t t e r, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153, 193 ff.
- K r a w i e l i c k i, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, L e o n h a r d ' s Studien, Heft 56, Breslau 1936
- K r e s s, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929
- L a n g e, Heinrich, Zur Umstellung der Bereicherung, NJW 1951, 685 ff.
- L a r e n z, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 10. Auflage, München 1972
d e r s e l b e: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Heidelberg 1969, 2. Auflage
- L e o n h a r d, Franz, Das Schuldrecht des BGB, II. Band, Besonderer Teil, München und Leipzig 1931
- L i e b, Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen, NJW 1971, S. 1289 ff.
- v. L ü b t o w, Beiträge zur Lehre von der *condictio* nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1952
- v. M a y r, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903
- M e r t e n s, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart, 1967
- M e s t m ä c k e r, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.

- M o m m s e n, F. Erörterungen aus dem Obligationsrecht, I. Heft, Braunschweig 1859
- M o t i v e zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Berlin 1896
- N e b e n z a h l, Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. jur. Berlin 1930
- N e u n e r, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 277 ff.
- O e r t m a n n, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927; Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, 5. Auflage, Berlin 1929
- O r d e m a n n, Die Haftungsbeschränkung des Bereicherungsschuldners, Diss. jur. Marburg 1956
- O r t h, Die Bereicherung im Patentrecht, Diss. jur. Marburg, 1928
- P a l a n d t, Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 30. Auflage, München 1971
- P l a n c k ' s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 4. Auflage, Berlin und Leipzig, 1928; Band III, 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933
- P l e s s e n, Die Grundlagen der modernen condictio, Diss. jur. Leipzig 1904
- P r o t o k o l l e der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898
- R a d b r u c h, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914
- R a i s e r, Ludwig, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961;

- d e r s e l b e : Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), 97, 121 ff.
- Reichsgerichtsräte - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, 11. Auflage, Berlin 1960
- R e i n e c k e, Horst, Schaden und Interesseneinbuße, Berlin 1968
- v. R i t t b e r g, Die aufgedrängte Bereicherung, Diss. jur. München 1969
- R o s e n b e r g - S c h w a b, Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, München 1969
- R o t h o e f t, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, 215 ff.
- v. S a v i g n y, System des heutigen Römischen Rechts, Band V, Berlin 1841
- S c h e y h i n g, Leistungskondiktion und Bereicherung in sonstiger Weise, AcP 157, 371 ff.
- S c h i n d l e r, Die aufgedrängte Bereicherung beim Ersatz von Impensen, AcP 165, 499 ff.
- S c h u l z, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 1 ff.
- S e g a l l, Über die Verwandtschaft des Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung und des Schadensersatzanspruchs, Diss. jur. Heidelberg 1907
- S o e r g e l -
S i e b e r t, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Einzelne Schuldverhältnisse, 10. Auflage, Stuttgart 1969

- v. S t a u d i n g e r ' s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetzen und Neben-
gesetzen,
Band I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin
1957;
Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 11.
Auflage, Berlin 1958, 1960, 1964
- S t i e v e , Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. jur.
Straßburg 1899
- S u m e r a , Das Problem der Bereicherungshaftung bei
rechtswidrigen, schuldlosen Verletzungen des
Rechts am eingerichteten und ausgeübten Ge-
werbetrieb im Wettbewerb, Diss. jur. Frank-
furt 1960
- v. T u h r Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerli-
chen Rechts, Band I, Leipzig 1910
- U l m e r , Urheber- und Verlagsrecht, 2. Auflage, Ber-
lin 1960
- W a l t e r , Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs,
Diss. jur. Marburg, 1933
- v. W i e s e r , Über den Ursprung und die Hauptgesetze des
wirtschaftlichen Wertes, Wien 1884
- W e s t e r m a n n , Harry, Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe
1966
- W i l b u r g , Die Lehre von der ungerechtfertigten Berei-
cherung nach österreichischem und deutschem
Recht, Graz 1934;
- d e r s e l b e : Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des
Schuldrechts, AcP 163, 346 ff.
- W i n d s c h e i d , Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band,
5. Aufl., Frankfurt a. Main 1882
- W i n d s c h e i d - K i p p , Lehrbuch des Pandektenrechts,
2. Band, Frankfurt a. M. 1906, 9. Auflage
- W o l f , Manfred, Die aufgedrängte Bereicherung, JZ ¹⁹66, 467 ff.

Z e u n e r, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden,
AcP 163, 380 ff.

EINLEITUNG

A. Das Problem

Im Falle objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit der Hausgabe des nach § 812 I 1 BGB "Erlangen" hat der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 II BGB Wertersatz zu leisten. Nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtssprechung wird der Inhalt des Wertersatzanspruches objektiv abstrakt bemessen, d. h. der Anspruch geht auf Ersatz des gemeinen Wertes¹⁾. Eine präzisere Bestimmung findet sich nirgends. Am ehesten wird man dem objektiven Wertbegriff wohl gerecht, wenn man - wie Neuner²⁾ beim Schadenersatz - für entscheidend hält, "welcher Aufwand für das betreffende Gut den Umständen nach angemessen ist oder was vernünftigerweise dafür angelegt werden kann." Soweit ein Verkehrswert besteht, ist dieser mit dem objektiven Wert identisch. Diese Auffassung läßt bei der Frage des Haftungsumfangs nach § 818 II BGB die Interessen des Gläubigers wie die des Schuldners unberücksichtigt.

Die wesentlichen Probleme der vorliegenden Untersuchung zeigt eine Entscheidung des BGH³⁾ aus

-
- 1) Palandt - Thomas, § 818 BGB, Anm. 5 b; Erman - Seiler, § 818 BGB Anm. 5 b; RGRK-Scheffler § 818 BGB Anm. 6; Soergel - Mühl, § 818 BGB Randnr. 11; Lorenz, SchR. Bd. II, S. 436; Manfred Wolf JZ 66, 470; RGZ 147, 398; vgl. die von Koppensteiner, NJW 1971, 588 FN 1, angegebene Rechtsprechung.
- 2) AcP 133, 307
- 3) BGHZ 55, 182 ff.

jüngster Zeit, der im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrundelag: Ohne im Besitz eines entsprechenden Flugtickets zu sein, flog der Beklagte mit einer Linienmaschine der Klägerin von Hamburg nach New York. Es war ihm bewußt, daß er die Leistung der Klägerin ohne rechtlichen Grund empfing. Dem Bereicherungsanspruch der Klägerin auf angemessene Vergütung für den Flug hielt der Beklagte entgegen, daß eine derartige Reise für ihn einen Luxus darstelle, den er sich mangels der erforderlichen Geldmittel nie geleistet hätte, wenn er dafür hätte bezahlen müssen. Insofern habe er keine Ausgaben erspart und sei deshalb von vorneherein nicht bereichert gewesen.

In den Gründen gab der BGH der Revision des Beklagten zu, daß Umstände, die - wie außergewöhnliche Ausgaben - einen Fortfall der Bereicherung nach § 818 III BGB bewirkten, auch geeignet seien, die Entstehung einer entsprechenden Bereicherung zu verhindern. "Es wäre auch keine sachgerechte Lösung, bei der Ermittlung der Bereicherung zwar nach den ersparten Aufwendungen zu fragen, diese aber nicht nach den jeweiligen Verhältnissen des Bereicherungsschuldners, sondern danach zu bemessen, was die empfangene Leistung bei ordnungsgemäßem Verhalten ganz all-gemein gekostet hätte."⁵⁾

4) Die im Zusammenhang mit der Minderjährigkeit des Beklagten stehenden Probleme sind für die vorliegende Untersuchung nicht sachdienlich und werden deshalb nicht erörtert.

5) A.a.O., S.610; Sperrg. v. Verf.

Folgerichtig kommt der BGH so zu dem Ergebnis, daß der Beklagte Ausgaben nicht erspart hat, wenn er bei entsprechender Zahlungsverpflichtung wegen seiner schlechten wirtschaftlichen Lage eine derartige Reise nicht angetreten hätte. In diesem Fall sei dem Beklagten jedoch die Berufung auf mangelnde Ausgabenersparnis verwehrt, da er die Leistung⁶⁾ der Fluggesellschaft in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit angenommen habe. Wenn nämlich der Bereicherte bei "Bösgläubigkeit" wegen § 819 BGB den F o r t f a l l seiner Bereicherung nach § 818 III BGB nicht erfolgreich geltend machen könne, könne er "bei gleicher Interessenslage" auch die E n t s t e h u n g der Bereicherung nicht leugnen. "Das muß jedenfalls dann gelten, wenn die in Frage stehende Bereicherung - wie hier - in der Ersparnis von Aufwendungen für außergewöhnliche Dinge besteht, die sich der Bereicherungsschuldner sonst nicht leisten würde oder sogar leisten könnte."⁷⁾

Für die vorliegende Arbeit erscheint die angeführte Entscheidung in folgenden Punkten bedeutungsvoll: Zum einen hält der BGH in Fällen wie dem vorliegenden die "Ausgabenersparnis" für das im Sinn des § 812 I 1 BGB "Erlangte". Zum anderen bemißt er die Höhe der ersparten Aufwendungen grundsätzlich nicht danach, was ein beliebiger Dritter "bei ordnungsgemäßigem Vorgehen" für die beanspruchte Leistung hätte bezahlen müssen, sondern nach den "jeweiligen Verhältnissen des Bereicherungsschuldners". Jedoch wird die Ersparnis von Aufwendungen, die bei ordnungsgemäßigem Vorgehen zu

6) Zur Frage, ob für die Beförderungerschleichung Leistungs- oder Eingriffskondition in Betracht kommt, vgl. Medicus, FamRZ 1971 S. 250 ff. (251); K e l l m a n n, NJW 1971, S. 862 ff. (864 f.)

7) A.a.O., S. 611

erbringen gewesen wären, als Bereicherungsgegenstand im Sinn des § 812 I 1 BGB dann fingiert, wenn der Schuldner den Gegenstand in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit erlangt hat.

Diese Entscheidung muß in erster Linie deshalb als bemerkenswert bezeichnet werden, weil der BGH hier erstmals - wenn auch nicht *expressis verbis*, so doch eindeutig - mit dem traditionellen Dogma⁸⁾ der abstrakten Wertermittlung gemäß § 818 II BGB bricht. Das sei kurz erläutert: Da der BGH in den Nutzungsfällen die Ausgabenersparnis als das "Erlangte" im Sinn des § 812 I 1 BGB ansieht, hat der Bereicherte Wertersatz zu leisten, weil "die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich" ist, § 818 II BGB. Nachdem der BGH weiter die "erlangte" Ausgabenersparnis nicht abstrakt, auf der Grundlage "ordnungsgemäßen Vorgehens", normt⁹⁾, sondern deren Höhe von "den jeweiligen Verhältnissen des Bereicherungsschuldners" abhängig macht, ist nach § 818 II BGB demnach nicht der abstrakte, verkehrsübliche, sondern der konkrete, sich an der Interessenslage des jeweiligen Bereicherten orientierende Wert zu ersetzen.

Dieser Schlußfolgerung könnte man jedoch im vorliegenden Fall entgegenhalten, daß der Beklagte bei "Gutgläubigkeit" angesichts seiner beschränkten wirtschaftlichen Verhältnisse eine Ausgabenersparnis nicht "erlangt" hätte, so daß bereits der Tatbestand nach § 812 I 1 BGB nicht erfüllt wäre. Dann aber würde sich die Frage nach Art und Umfang der Ersatzregelung gemäß § 818 II BGB gar nicht erst stellen, da der Beklagte ja nichts

8) Vgl. oben, S. 1

9) Es sei denn, § 819 I BGB läge vor, vgl. oben S. 3

"erlangt" hätte, was zu ersetzen wäre.

Daß dieser Einwand nicht stichhaltig ist, zeigt eine im Prinzip unwesentliche Veränderung des vom BGH entschiedenen Falles: Angenommen, der Vater des Beklagten wäre als Pilot bei einer Fluggesellschaft beschäftigt, die ihrem fliegenden Personal und dessen engsten Angehörigen auf allen ihren Flügen Preisvergünstigungen gewährte. Dieser Preisnachlaß habe den Beklagten veranlaßt, eine Reise nach New York anzutreten. Versehentlich habe er jedoch die Maschine einer anderen Fluggesellschaft betreten, die ebenfalls nach New York geflogen sei.

Geht man mit dem BGH davon aus, daß die Ausgabenersparnis das im Sinn des § 812 I1 BGB "Erlangte" ist - die Richtigkeit dieser Auffassung soll damit keineswegs präjudiziert sein -, hat der Beklagte nach § 818 II BGB nur den Wert der Aufwendungen zu ersetzen, die er für den beabsichtigten verbilligten Flug hätte erbringen müssen; denn nur diese hat er erspart.

Es bedarf also wohl keiner weiteren Erörterung, daß jedenfalls in den Fällen rechtsgrundlosen Gebrauchs die Entscheidung des BGH zu einem individuellen, auf den Bereicherungsschuldner bezogenen Wertersatz führt. Ob die Auffassung des BGH richtig ist und, wenn ja, inwieweit im gesamten Anwendungsbereich des § 818 II BGB die Höhe des Wertersatzes nach den Verhältnissen des jeweiligen Bereicherten zu bestimmen ist, scheint allein wegen der möglichen finanziellen Differenz zwischen abstrakter und konkreter Wertermittlung einer Untersuchung wert.

Die Problematik der BGH-Entscheidung sei bereits

am dieser Stelle kurz skizziert, da sie zu einem besseren Verständnis des Ablaufs der vorliegenden Untersuchung führen dürfte: Bei rechtsgrundlosem Gebrauch hält der BGH die Ausgabenersparnis für das im Sinn des § 812 BGB "Erlangte". Diese auf die Person des Bereicherten bezogene Wertfeststellung führt nach § 818 II BGB "wegen der Beschaffenheit des Erlangten" zu einem ebenfalls am Bereicherten orientierten Wertersatz. Die hier besonders klar zutage tretende Abhängigkeit der Höhe des Wertersatzes von der Bestimmung des "Erlangten" wirft die Frage auf, ob nach § 812 II BGB eine Ausgabenersparnis überhaupt "erlangt" sein kann. In der Literatur¹⁰⁾ wird dazu etwa die Auffassung vertreten, daß eine Ersparnis nur Folge und Wirkung eines vermögensmäßig relevanten Verhaltens, m.a.W. lediglich der Reflex des primär "Erlangten" auf die gesamte Vermögenslage des Bereicherten sein kann. Ein Teil des modernen Schrifttums nimmt an, daß die Bereicherung im "erlangten" Gebrauch liege¹¹⁾, für den nach § 818 II BGB Ersatz zu leisten sei. L i e b¹²⁾ ist der Ansicht, daß nicht der Gebrauch als solcher, sondern die M ö g l i c h k e i t des Gebrauchs nach § 812 II BGB "erlangt" sei. Diese stelle bereits einen Vermögenswert dar, wie entgeltliche Verträge über Gebrauchsmöglichkeiten

10) Vgl. K l e i n h e y e r, JZ 1961, S. 473 ff. (474); H a a s, Die Darstellung des Tatbestandes der ungerechtfertigten Bereicherung in moderner Sicht, Diss. jur. Tübingen, 1960, S. 97; B a t s c h, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe, Marburg 1968, S.44

11) Vgl. v. C a e m m e r e r, FS R a b e l, S. 353, 356; F i k e n t s c h e r, SchR, S.612; D i e d e r i c h s e n, Fälle und Lösungen/BGB - Allgemeiner Teil, S. 45; M e d i c u s, FamRZ 1971, S. 250 ff. (251)

12) NJW 1971, S. 1289 ff., insbesondere S. 1291 f.

zeigten. Nach anderer Auffassung¹³⁾ wiederum soll unabhängig vom vorliegenden Fall nach § 812 II BGB grundsätzlich bei Bereicherung durch Leistung wie auch "in sonstiger Weise", der Gewinn, sofern ein solcher erzielt worden ist, als "erlangt" gelten.

Diese knappe Darstellung der verschiedenen Meinungen über Art und Umfang des "Erlangten" im Sinn des § 812 II BGB bei rechtsgrundloser Nutzung läßt bereits erkennen, wie sehr der Ersatz dieses "Erlangten" nach § 818 II BGB bei gleicher Fallage differieren kann. Folgt man in diesen Fällen etwa der Ansicht des BGH, so ergibt sich, wie gerade gezeigt wurde, aufgrund seiner Auslegung des "Erlangten" zwangsläufig eine auf den Bereicherten zugeschnittene Ersatzregelung nach § 818 II BGB. Denn eine sich an den Verhältnissen des jeweiligen Bereicherten orientierende Ausgabenerspanis läßt für eine abstrakte Wertermittlung, den gemeinen oder verkehrsüblichen Wert, keinen Raum. Ebenso verhält es sich, wenn man den Gewinn für das "Erlangte" hält. Denn dann hat der Bereicherte den Wert des gerade von ihm erzielten Gewinns nach § 818 II BGB zu ersetzen.

Betrachtet man dagegen die Nutzung oder die Möglichkeit der Nutzung als das "Erlangte" im Sinn des § 812 II BGB, so ist Einigkeit im Ergebnis mit dem BGH nur zu erzielen, wenn der Begriff "Wert" in § 818 II BGB nicht abstrakt definiert, sondern in eine konkrete Beziehung zu den Ver-

13) Vgl. S c h u l z, AcP 105, S. 13, 473 ff.; J a c o b s, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. jur. Bonn, 1964; W i l b u r g, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz, 1934; Sowie neuerdings K e l l m a n n, Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin, 1969

hältnissen des jeweiligen Bereicherten gesetzt wird. Ein Teil der neueren Literatur¹⁴⁾ vertritt in der Tat einen kondiktionsrechtlichen Wertbegriff, der von den individuellen Verhältnissen des Bereicherten bestimmt wird, wenn der Gegenstand der Bereicherung "aufgedrängt"¹⁵⁾ wurde. Nach dieser Auffassung sollen die Interessen des Empfängers einer unerwünschten Bereicherung dadurch geschützt werden, daß er nur den Wert nach § 818 II BGB zu ersetzen habe, den das "Erlangte" gerade für ihn hatte. Kleinheyer hat in einer früheren Veröffentlichung¹⁶⁾ die Ansicht vertreten, daß die von ihm als das "Erlangte" angesehene rechtsgrundlose Nutzung zwar grundsätzlich zu Wertersatz in Höhe der vertragsüblichen Vergütung verpflichtet, jedoch der Bereicherte im Rahmen des § 818 II BGB mit dem Einwand billigerer Beschaffungsmöglichkeiten durchdringen müsse. Dies sei ihm nur dann verwehrt, wenn ein derartiger Einwand einen Verstoß gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" enthalte. Ganz allgemein spricht sich Esser¹⁷⁾ dafür aus, den Ersatz

14) Larenz, SchR Bd. II, S.438; Klauser, NJW 1958, S.47 ff. (48), NJW 1965, S. 513 ff. (516); Westermann, Sachenrecht, S.265; Medicus, Bürgerliches Recht, S. 346; v. Rittberg, Die aufgedrängte Bereicherung, Diss. jur. München, 1968 S. 133; Feiler, a.e.o., S.98 ff.

15) Dieser Begriff wurde von v. Caemmerer, FS Rabel Bd. I, S.366 geprägt und vom Schrifttum übernommen, so neben den unter FN 14 genannten Scheyhing, AcP 157, S. 371 ff. Schindler, AcP 165, S. 499 ff.; Manfred Wolf, JZ 66, S. 467 ff.

16) JZ 1961, S. 473 ff.; neuerdings, vgl. JZ 1970, S. 471 ff., ist Kleinheyer offenbar der Meinung, der der durch Verwendung fremder Rechtsgüter erzielte Gewinn das "Erlangte" im Sinn des § 812 II BGB darstellt.

17) SchR, Bd. 2, S. 378

gemäß § 818 II BGB nicht nach dem Wert zu bemessen, "den das Erlangte nach seiner objektiven Beschaffenheit für jedermann hat oder hatte; es kommt vielmehr darauf an, welchen Wertzuwachs das Erlangte gerade d i e s e m Empfänger gebracht hat."

B. Methode der Untersuchung

Die soeben skizzierte Problematik des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes nach § 818 II BGB legt für die vorliegende Arbeit einen Gang der Darstellung nahe, wie er sich aus dem Wortlaut des § 818 II BGB ergibt: Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen. Das "Erlangte", dessen Wert nach § 818 II BGB zu ersetzen ist, wird in § 812 II BGB so definiert: Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Demzufolge soll im 1. Kapitel der Arbeit erörtert werden, wie aus der gesetzlichen Definition Art und Umfang des rechtsgrundlos "Erlangten" zu bestimmen ist.

Nach der Erörterung des "Erlangten" im Sinn des § 812 II BGB wird im 2. Kapitel untersucht, w i e das "Erlangte" nach § 818 II BGB zu bewerten ist.

Hier muß die Frage beantwortet werden, ob der Ersatz für das erlangte Gut sich nach dem objektiv abstrakten Wert richtet

oder ob die Interessen von Be- oder Entreicherten

bei der Wertermittlung nach § 818 II BGB zu berücksichtigen sind. Ist letzteres der Fall, muß Art und Umfang dieser individuellen Beziehung des Wertes im Sinne des § 818 II BGB zu Gläubiger oder Schuldner geklärt werden.

Neben der Bestimmung des "Erlangten" im Sinn des § 812 I 1 BGB und der Art der Bewertung dieses erlangten Gutes kommt dem Zeitpunkt der Wertermittlung für die Höhe des Ersatzes nach § 818 II BGB entscheidende Bedeutung zu. Deshalb erfolgt im Teil B des 2. Kapitels abschließend eine Darstellung der verschiedenen Auffassungen über den maßgeblichen Zeitpunkt der Bewertung, der sich eine Auseinandersetzung mit ihnen anschließt.

1. K A P I T E L

ART UND UMFANG DES "ERLANGTEN" IM SINN DES § 812 I 1 BGB

A. Die einheitliche Bestimmung des Bereicherungs- gegenstandes durch das Erfordernis einer Vermögensverschiebung

Der Bereicherte hat nach § 818 II BGB Wertersatz zu leisten, wenn "die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder (ist) der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande" ist. Zunächst regelt also § 818 II BGB die Fälle, in denen die Qualität des "Erlangten", wie etwa bei Bereicherung durch Dienstleistung oder Gebrauchsvorteile, die Rückgewähr hindert. Jedoch soll der Bereicherte auch dann zum Wertersatz verpflichtet sein, wenn die Herausgabe "aus einem anderen Grunde", etwa bei Zerstörung, Verbrauch, Veräußerung oder im Fall untrennbarer Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung (§§ 946 ff.) unmöglich ist. Eine Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit¹⁸⁾ kann sich nur auf das Tatbestandsmerkmal "aus einem anderen Grunde" beziehen, da "die Beschaffenheit des Erlangten" naturgemäß die Herausgabe immer nur "objektiv" zuläßt oder verhindert. Ist die Rückgewähr dagegen "aus einem anderen Grunde" ausgeschlossen, so kann objektive oder subjektive Unmöglichkeit vorliegen: Ein wie auch immer bedingter Untergang des "Er-

18) Vgl. E s s e r, SchR Bd. 2, S.378

langten" führt zu objektiver, die Veräußerung des "Erlangten" etwa dagegen zu subjektiver Unmöglichkeit, da der neue Eigentümer das "Erlangte" durchaus herausgeben könnte.

Das "Erlangte", dessen Wert unter den eben genannten Voraussetzungen nach § 818 II BGB zu ersetzen ist, wird in § 812 I 1 BGB definiert: Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Die gesetzliche Unterscheidung zwischen Leistungsbereicherung und Bereicherung "in sonstiger Weise" wirft die Frage auf, ob § 812 I 1 BGB das "Erlangte" einheitlich oder unterschiedlich bestimmt.

Die Verfasser des BGB wollten den Bereicherungsstatbestand des § 812 I 1 BGB einheitlich regeln, wie aus der Formulierung dieser Bestimmung und aus den Motiven und Protokollen zum BGB zu entnehmen ist.¹⁹⁾ Danach entsteht der Bereicherungsanspruch nach § 812 I 1 BGB wenn eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen Entreichertem und Bereichertem ohne rechtlichen Grund stattgefunden hat. Diese Struktur des Bereicherungsstatbestandes wurde von der Kondiktionenlehre v. Savigny²⁰⁾ bestimmt, wonach die Kondiktion nur auf das gerichtet sein könnte, was der Entreicherte verloren habe, bzw. was der Bereicherte durch die Vermögensverschiebung erlangt habe. Eine Vermögensverschiebung

19) Vgl. Motive, Bd. II, S. 829 ff; Protokolle, Bd. II, S. 682 ff.

20) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, S. 503 ff.

liegt nach v. Savigny dann vor, wenn "dasjenige, welches dem Anderen zur Bereicherung diene, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiktion gründen will".²¹⁾ Dieses Erfordernis gilt seiner Ansicht nach gleichermaßen für die Bereicherung durch Leistung und "in sonstiger Weise": "Auch dasjenige aber kann kondiziert werden, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigentum übergeht, sey es, daß der Andere durch seine Handlung, oder durch zufällige Umstände, auf meine Kosten bereichert werde;"²²⁾ "... denn dieses Zurückfordern des aus unserem Vermögen ausgegangenen ist eben der wahre Grund aller regelmäßigen Condiktionen".²³⁾ Eine Vermögensverschiebung im Sinne v. Savigny's wurde vom frühen Schritttum²⁴⁾ denn auch als einheitliche Tatbestandsvoraussetzung gefordert.

In den Motiven zum BGB kommt bereits zum Ausdruck, daß die Vermögensverschiebung unmittelbar zwischen Entreichertem und Bereichertem zu erfolgen habe: "Der die Kondiktion begründende Tatbestand ist

21) a. a. O., S. 526 f.

22) a. a. O., S. 523

23) a. a. O., S. 567

24) Vgl. Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902, S. 125 ff.; v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903, S. 192 f.; Kraewelicki, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936, S. 2 ff.

grundsätzlich ein unmittelbar zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten eingetretener ...".²⁵⁾ Dementsprechend fordert die ältere bereicherungsrechtliche Literatur^{25a)} für die Entstehung des Anspruches nach § 812 I 1 BGB die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung. Man war sich überwiegend einig, daß die Vermögensverschiebung "nicht auf dem Umweg über ein andres Vermögen, durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten erlangt" werden darf.²⁶⁾

Auch das Tatbestandsmerkmal der Rechtsgrundlosigkeit wurde bereits von der im Anschluß an den Erlaß des BGB entstandenen Lehre einheitlich für Leistungsbereicherung und Bereicherung "in sonstiger Weise" bestimmt.²⁷⁾ Danach ist die Rechtsgrundlosigkeit in Beziehung zur Vermögensverschiebung zu setzen und gegeben, wenn die auf Grund der Verschiebung geschaffene Vermögenslage in Widerspruch zu den relativen rechtlichen Beziehungen zwischen Entreichertem und Bereichertem steht. Der Rechtsgrund berechtigt dagegen zum Behalten der Vermögensverschiebung.²⁸⁾

25) Motive, Bd. II, S. 830

25a) Vgl. v. M a y r, S. 207 ff.; Jung, a.a.O. S. 48 f., H e c k, Grundriß, S. 431 ff.

26) v. M a y r, S. 207; ebenso Jung, S. 145 ff.; H e c k, a.a.O., S. 434

27) J u n g, a.a.O., S. 127 f.; v. M a y r, a.a.O. S. 420 ff.

28) S o K r a w i e l i c k i, a.a.O., S. 3

Die Rechtsprechung²⁹⁾ hält ebenso wie ein großer Teil der Literatur³⁰⁾ denn auch bis heute in ständiger Praxis an der für die beiden Kondiktionstypen des § 812 I 1 BGB einheitlichen Bestimmung des "Erlangten" durch das Erfordernis einer unmittelbaren, rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung fest.

29) RGZ 121, S. 258 ff. (263), BGHZ 26, S. 349 ff. (354); BGHZ 36, S. 232 ff. (233); BGH in NJW 1952, S. 417; BGH 40, S. 272 ff. (277); BGHZ 46, S. 261 ff.

30) Vgl. P l a n c k - L a n d o i s, Vorbem. 1 vor § 812 BGB, § 812 BGB Anm. I 2 a; O e r t - m a n n, Vorbem. 1a und b, 2c und e vor § 812 BGB; H e c k, a.a.O., § 141 4, S. 420; E n n e c c e r u s - L e h m a n n, § 220 I, II, S. 870 ff.; E r m a n - S e i l e r, Vorbem. 1b vor § 812, § 812 Anm. 1; P a - l a n d t - T h o m a s, Vorbem. 1 vor § 812 BGB, § 812 BGB Anm. 2 und 3; RGRK - S c h e f f l e r, Anm. 3 ff. vor § 812 BGB, § 812 BGB Anm. 44; S t a u d i n g e r - S e u f e r t, Randnr. 1 und 4 vor § 812 BGB; v. L ü b t o w a.a.O., S. 26

B. Andere Auffassungen über Art und Umfang des
"Erlangten" im Sinn des § 812 I 1 BGB

I. Die "Unterscheidungslehre" von F. L e o n -
h a r d; Darstellung und Kritik

Eine unterschiedliche Behandlung der Vermögensverschiebung je nach Leistungsbereicherung oder Bereicherung "in sonstiger Weise" ist von Franz L e o n h a r d³¹⁾ als notwendige Konsequenz der Verschiedenartigkeit der beiden Kondiktions-typen gefordert worden. Der Bereicherungsanspruch diene zwar allgemein dazu, "...einen Rechtsakt, der sein Ziel verfehlt, richtig zu stellen."³²⁾ Bei der Leistungsbereicherung erfolge diese Zielbestimmung durch die leistende Partei, bei der Bereicherung "in sonstiger Weise" "muß eine Bestimmung durch die Rechtsordnung gegeben sein, und dies trifft nur da zu, wo ein rechtlicher Erfolg eingetreten war"³³⁾. D. h., dort ist jeder Vorteil ausreichend, während hier eine Veränderung der Rechtslage, eine Rechtsverschiebung, eingetreten sein muß, damit ein Bereicherungsanspruch entstehen kann. Das führt zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß in Fällen rechtsgrundloser Nutzung, soweit eine Leistung nicht vorliegt, der Berechtigte keinen Bereicherungsanspruch gegen den Eingreifer hat, da eine Rechtsverschiebung nicht eingetreten ist.

Eine Begründung für die Aufspaltung der Vermögensverschiebung, die für die Leistungsbereiche-

31) L e o n h a r d, a.a.O., S. 454 ff.

32) a.a.O., S. 463

33) ebenda

rung in jeder Art von Güterzuwendung liegen soll, während sie bei Bereicherung "in sonstiger Weise" nur durch eine Veränderung der Rechtszuständigkeit verwirklicht werden soll, vermißt man bei L e o n h a r d. Daran vermag auch die von ihm angebotene Kasuistik nichts zu ändern. Aus § 812 I 1 BGB ergibt sich die von L e o n h a r d vorgenommene Unterscheidung ebenfalls nicht. Eine methodisch richtige Auslegung, die letztlich den rechtspolitischen Zweck der auslegungsbedürftigen Norm zu ergründen hat³⁴⁾, hat L e o n h a r d unterlassen. Demnach muß seine "Unterscheidungslehre" wohl als unbegründet bezeichnet werden. H e c k erklärt sich die von ihm abgelehnte Theorie L e o n h a r d ' s "als Nachwirkung der alten Begriffsjurisprudenz, welche die Interessenseite des Rechts vernachlässigte und die Rechtsfiguren in den Vordergrund stellt."³⁵⁾

Diese Lehre ist für die Rechtsprechung und die Literatur bis heute ohne Bedeutung geblieben und soll deshalb nicht weiter erörtert werden.

34) Vgl. L a r e n z, Methodenlehre, S. 258 f.

35) AcP 136, S. 105 ff. (112)

II. Die "Eingriffstheorie"; Darstellung und Kritik

1. Die Auffassung von S c h u l z

Die "Eingriffstheorie" wurde von Fritz S c h u l z³⁶⁾ begründet und hat bis auf J a - c o b s³⁷⁾ keine Anhänger gefunden. S c h u l z lehrt erstmals eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung, wie sie später und mit anderer Begründung auch von W i l b u r g³⁸⁾ und neuerdings von K e l l m a n n³⁹⁾ und K l e i n - h e y e r⁴⁰⁾ vertreten wird.

Nach Auffassung von S c h u l z soll die "Eingriffstheorie" die Bereicherungsansprüche überflüssig machen und zur "Auflösung dieser ganzen Anspruchskategorie"⁴¹⁾ führen, da "die sog. Bereicherungsansprüche ... Ansprüche aus widerrechtlichem Handeln"⁴²⁾ sind. Unter folgenden Voraussetzungen soll der Eingriffserwerb, d. h. der Gewinn, herausgegeben werden:

1) Eingriff durch

"Benutzung, Veräußerung,
Belastung, Verbrauch, Vernichtung oder durch

36) AcP 105, S. 1 ff.

37) A.a.O.

38) A.a.O.

39) Vgl. oben S. 7, FN 13.

40) J.Z. 1970, S. 471 ff.

41) A.a.O., S. 473

42) A.a.O., S. 479 f.

Empfang⁴³⁾, 2) objektive Widerrechtlichkeit des Eingriffs, d. h. ein Eingriff, "den zu dulden der Betroffene gegenüber dem Handelnden nicht verpflichtet war"⁴⁴⁾ 3) Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und Erwerb.⁴⁵⁾ Verschulden des Eingreifers und Schaden des Verletzten sind dagegen nicht zwingende Voraussetzung für die Herausgabe des Eingriffserwerbs.⁴⁶⁾

Nach der geltenden Regelung in § 812 I 1 BGB komme demgegenüber eine Haftung auf den Gewinn nur in Betracht, wenn dieser "auf Kosten" des Entreicherten gemacht worden sei, d. h. "dem Gewinn bei dem einen muß in gleicher Höhe ein Verlust (mindestens "lucrum cessans") bei dem anderen gegenüberstehen."⁴⁷⁾ Die Worte "auf Kosten" könnten und dürften nur im Sinne eines Vermögensschadens verstanden werden.

Da unserem Privatrecht aber ein allgemeines Prinzip innewohne, wonach der durch objektiv widerrechtlichen Eingriff in fremdes Recht erzielte Erwerb unter den eben genannten Voraussetzungen herauszugeben sei - ohne Rücksicht darauf, ob ein wie auch immer gearteter Verlust beim Verletzten eingetreten sei -, brauche "also niemand mehr zu untersuchen, was "auf Kosten eines anderen" bedeutet, ähnlich wie heute sich niemand mehr über den Unterschied von Spiel und Wette den Kopf zerbrechen wird."⁴⁸⁾

43) A.a.O., S.428

44) A.a.O., S.433

45) a.a.O., S.430

46) a.a.O., S.440

47) a.a.O., S.478

48) a.a.O., S.479

Wenn der Verwendungserfolg nicht ausschließlich auf der unbefugten Verwendung, sondern auch auf eigener Leistung des Nichtberechtigten beruht, soll der Beitrag des Eingreifers nach Ansicht von S c h u l z durchaus berücksichtigt werden. Jedoch hält er es für praktisch undurchführbar, den Gewinn entsprechend den Beiträgen von Arbeit und Kapital zu teilen.⁴⁹⁾ Denn wenn ein Gewinn auf mehreren Ursachen beruhe, von denen jede *conditio sine qua non* ist, ließen sich die Anteilswerte der einzelnen Ursachen am Gewinn nicht feststellen. Haben Berechtigter und Nichtberechtigter zum Erfolg beigetragen, soll nach S c h u l z ⁵⁰⁾ analog der gesetzlichen Regelung beim Eigentumserwerb durch Verbindung derjenige den Gewinn erhalten, dessen Beitrag sich als Hauptsache⁵¹⁾ darstellt. Dem anderen solle eine angemessene Vergütung in Geld zustehen.

2. Die Auffassung von J a k o b s

Die Eingriffstheorie von S c h u l z hat bis auf J a k o b s ⁵²⁾ keine Anhänger gefunden. Im Gegensatz zu S c h u l z , der den gesamten Tatbestand des § 812 BGB aufheben, bzw. in sein "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" einordnen wollte, da nicht nur bei Bereicherung in sonstiger Weise, sondern auch bei Leistungsbereicherung Grundlage der Kondiktion

49) a.a.O., S. 105 ff.

50) a.a.O., S. 118, 125

51) a.a.O., S. 362 ff.

52) A.a.O.

widerrechtliches Handeln sei, will J a k o b s Eingriffs- und Leistungsbereicherung grundsätzlich trennen. Der Empfang der Leistung ist nach S c h u l z dann widerrechtlich, wenn sie sine causa erfolgt ist.⁵³⁾ Der Wille des Leistenden, dem Leistungsempfänger etwas zuzuwenden, ist danach unbeachtlich, wenn rechtsgrundlos geleistet wurde. Nach J a k o b s⁵⁴⁾ ist Kriterium der Leistungskondiktion nicht widerrechtliches Handeln, sondern ein fehlgeschlagener Zuwendungswille des Entreicherten. Trotz der unterschiedlichen Auffassungen im Hinblick auf die E n t s t e h u n g des Bereicherungsanspruches stimmt J a k o b s⁵⁵⁾ bei der Frage des Gegenstandes der Bereicherung mit S c h u l z überein: Danach ist die in kausalem Zusammenhang mit der Leistung des Entreicherten stehende Vermögensmehrung, d. h. auch der Gewinn, des Bereicherten herauszugeben. Auch nach J a k o b s⁵⁶⁾ spielt es keine Rolle, ob der Entreicherte einen Schaden davongetragen hat. Ebenso schließt sich J a k o b s⁵⁷⁾ für den Fall, daß Beiträge von Entreichertem und Bereichertem Grundlage der Vermögensmehrung des Letzteren waren, S c h u l z an, d. h. der Gewinn soll nicht nach Beitragswerten aufgeteilt werden, sondern wessen Beitrag sich als Hauptsache darstelle, solle den gesamten Gewinn, der andere nur eine angemessene Vergütung erhalten. Offen läßt J a k o b s⁵⁸⁾ jedoch die Frage, wie die Be-

53) A.a.O., S. 435

54) A.a.O., S. 156

55) A.a.O., S. 160

56) A.a.O., S. 160

57) A.a.O., S. 126

58) ebenda

griffe Haupt- und Nebensache zu bestimmen sind, nach S c h u l z⁵⁹⁾, der auf den "Reproduktionswert" abstellt, oder nach der h. M.⁶⁰⁾ zu § 947 II, wonach die Verkehrsauffassung wesentlich für die Beurteilung als Haupt- oder Nebensache sein soll.

3. Kritik beider Auffassungen

Eine Begründung für die Hauptthese der Eingriffstheorie, wonach ein objektiver widerrechtlicher Eingriff zur Herausgabe des Eingriffserwerbs verpflichtet, vermißt man bei J a k o b s, der sich lediglich auf S c h u l z beruft. Deshalb kann sich die Kritik dieser Lehre auf die Begründungsversuche von S c h u l z beschränken. Was die von ihm zur Herleitung einer Rechtsanalogie angebotenen Einzelbestimmungen anbelangt, so ist auf die diesbezügliche Kritik von K i s c h⁶¹⁾ und F u c h s⁶²⁾ zu verweisen. Der Auffassung K i s c h ' s⁶³⁾, daß die von S c h u l z herangezogenen Normen zu verschiedenartig sind, als daß man aus ihnen in ihrer Gesamtheit zu einer derartig weitgespannten Eingriffstheorie gelangt, ist zuzustimmen. Ein Teil dieser Bestimmung^{en} wird nämlich durch eine Vermögensverschiebung geprägt, so etwa §§ 951, 2287 BGB, 37 KO, 7 AnfGes, ein anderer vom Surrogationsgedanken wie §§ 281, 818 I, 2019, 2041, 2111 BGB, während die §§ 987 ff.,

59) S. 366 f.

60) Statt aller: P a l a n d t, § 947, Anm. 26 -Degenhart

61) K i s c h, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Reichspatentamtes, Berlin 1927, S. 92 (100 ff.)

62) F u c h s, Die Ausgleichspflicht bei gutgläubiger Patentverletzung, Diss. jur. Köln 1935, S. 77 ff.

63) A.a.O., S. 92 (100 ff.)

818 I BGB die Herausgabe der Nutzungen aus fremden Gegenständen behandeln. Einige Bestimmungen verweisen hinsichtlich des Anspruchsumfanges auf Bereicherungsrecht, wie etwa §§ 951, 2287 BGB, andere schließen dessen Anwendung aus, so §§ 281, 556, 604, 862, 894, 985, 1004, 1007 BGB. Im Verhältnis Eigentümer - unrechtmäßiger Besitzer hängt der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen von Bösgläubigkeit bzw. Rechtsabhängigkeit und Unentgeltlichkeit ab, während es nach § 818 I BGB nicht darauf ankommt. Die §§ 281, 818 I BGB verschaffen einen schuldrechtlichen Anspruch, die §§ 2019, 2041, 2111 BGB gewähren einen Surrogationsanspruch mit dinglicher Wirkung. Einerseits entsteht ein Anspruch auch auf Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Surrogats, wie etwa nach §§ 281⁶⁴⁾, 2019, 2041, 2111 BGB, andererseits verpflichtet § 818 I BGB nur zur Herausgabe des bestimmungsmäßigen Rechtsausübungserwerbs und des stellvertretenden commodum.

Auch F u c h s kommt in einer eingehenden Prüfung der von S c h u l z herangezogenen Vorschriften zu dem Ergebnis, daß nur einige einen Eingriff regeln, alle anderen dagegen nicht, und ~~sondern~~ zudem in sich völlig verschieden strukturiert sind. Er ist daher der Auffassung, daß eine allgemeine Regel des Inhalts, daß jeder rechtswidrige Eingriff in ein fremdes Recht zur Herausgabe des Eingriffserwerbs verpflichte, durch

64) Zwar bestritten hinsichtlich obligatorischer Rechtsgeschäfte wie Verkauf, Tausch. Nach h. M. und ständiger Rechtsprechung verursacht jedoch das obligatorische das dingliche Geschäft und damit die Unmöglichkeit i.S.d. § 281 I, so daß bereits nach Zustandekommen des obligatorischen Vertrages der Anspruch nach § 281 I entsteht, vgl. statt aller, S t a u d i n - g e r - W e r n e r, § 281 Randnr. 11

Rechtsanalogie im Sinne von F. S c h u l z nicht aufgestellt werden kann.⁶⁵⁾

Einen wesentlichen Gesichtspunkt, der das Analogieverbot erhärtet, stellt neuerdings B a t s c h⁶⁶⁾ heraus, der darauf hinweist, daß die Anwendbarkeit der §§ 281, 818 I, 987, 988 BGB ein bereits bestehenden Schuldverhältnis voraussetzt. S c h u l z dagegen versuche mittels analoger Anwendung dieser Vorschriften ein Schuldverhältnis, das durch Eingriff entstehen soll, erst zu begründen. Die Analogie verlangt jedoch eine Übereinstimmung des geregelten und des nicht geregelten Tatbestandes in den wesentlichen Merkmalen, "die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind."⁶⁷⁾ Wenn aber der normierte Tatbestand auf einem bestehenden Schuldverhältnis aufbaut, während der nicht geregelte ein solches erst begründen soll, so also wie sich der "Eingriff" zu den §§ 281, 818 I, 987, 988 BGB verhält, dann liegt wohl in einem wesentlichen Punkt keine Übereinstimmung vor, so daß sich eine diesbezügliche Analogie bereits aus diesem Grunde verbietet. Wie B a t s c h in seiner Kritik an S c h u l z weiter zutreffend bemerkt, ist es "systematisch und methodisch unzulässig", eine gesetzlich normierte Anspruchskategorie völlig aufzulösen.⁶⁸⁾

65) a.a.O., S. 77 ff. (100)

66) a.a.O., S. 88

67) L a r e n z, Methodenlehre, S. 288

68) A.a.O., S. 88 ff.

III. Die "Zuweisungstheorie" von W i l b u r g ; Darstellung und Kritik

Nach der von H e c k begründeten und von W i l b u r g systematisierten Zuweisungstheorie hat der Bereicherte nach § 812 I 1 BGB den Gewinn herauszugeben. H e c k, der das Erfordernis einer Vermögensverschiebung⁶⁹⁾ anerkennt, gibt seine diesbezügliche Ansicht jedoch auf, wenn er behauptet, daß subjektive Rechte ihrem Inhaber immer den Erwerb zuweisen, der "durch ... Ausübung erzielt wird".⁷⁰⁾ Denn im Hinblick auf den Ausübungserwerb liegt eine Güterbewegung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht vor, da der Erwerb nicht aus dem Vermögen des Entreicherten in das des Bereicherten übergegangen sein kann, weil er naturgemäß nie Bestandteil des Gläubigervermögens gewesen sein kann.

"Der Erwerb (ist) nicht "aus", sondern allenfalls "mit" dem Vermögen des anderen gemacht..."⁷¹⁾

W i l b u r g dagegen trennt bewußt den Bereicherungstatbestand nach Leistungsbereicherung und Bereicherung "in sonstiger Weise", da beide nicht "auf einem einheitlichen positiven Prinzip" beruhen.⁷²⁾ Im einen Fall handle es sich um einen "Leistungsrückgabeanspruch", im anderen um einen "Rechtsfortwirkungsanspruch".⁷³⁾

69) H e c k, Grundriß, S. 417 ff. (431)

70) A.a.O., S. 421

71) So richtig J a k o b s, a.a.O., S. 63

72) A.a.O., S. 22 f., 49 ff.

73) A.a.O., S. 49

Da der Bereicherungsanspruch wegen fehlgeschlagener Leistung sich immer gegen den Leistungsempfänger richte, der wiederum aus Inhalt und Zweck der Leistung zu ermitteln sei, komme die "Unmittelbarkeit" als Kriterium für diesen Kondiktionstyp nicht in Frage.⁷⁴⁾ Die Rechtsgrundlosigkeit ergibt sich nach *Wilburg* unproblematisch aus der Ungültigkeit des Grundgeschäftes.⁷⁵⁾ Das Erfordernis einer Vermögensverschiebung, die auf Seiten des Berechtigten eine von *Wilburg* als Schaden verstandene Entreicherung voraussetzt, wird aufgegeben.⁷⁶⁾

Der Anspruch wegen Bereicherung "in sonstiger Weise" sei dagegen aus dem durch die ungerechtfertigte Vermögensmehrung beeinträchtigten subjektiven Recht des Entreicherten zu verstehen, das alle in wirtschaftlichem Zusammenhang mit diesem Recht stehenden Vorteile dem Rechtsinhaber zuweise. Diese "Zuweisungstheorie" begründet *Wilburg* in erster Linie an Hand des Rechts am Eigentum. Sein wirtschaftlicher Zweck reiche über die dingliche Herrschaft und die sie sichernden Ansprüche aus §§ 985 ff., 1004 BGB hinaus, umfasse auch Schadensersatzklagen und "auf Grund seines Zuweisungsgehaltes einen Bereicherungsanspruch gegen den, dem der Nutzen der Sache zugefallen ist."⁷⁷⁾ Der Gedanke der Rechtsgrundlosigkeit sei für die Leistungskondiktion entwickelt worden, für die Bereicherung ohne Leistung sei er unbrauchbar. Hier sei vielmehr die Frage "nach einem Grund der Ungerecht-

74) A.a.O., S. 113

75) A.a.O., S. 11

76) A. a.O., S. 97

77) A.a.O., S. 28

fertigkeit zu richten." ⁷⁸⁾ Er belegt diese Ansicht mit dem Beispiel der Verlegung einer Bahnstrecke, die eine Werterhöhung bei dem einen und einen Wertverlust bei dem anderen Grundstück bewirkt. Diese Wertverschiebung sei zwar ohne rechtlichen Grund, jedoch nicht ungerechtfertigt erfolgt. ⁷⁹⁾

Alle durch die "Verwendung" ⁸⁰⁾ des fremden Rechtsgutes erzielten Vorteile seien als das i.S.d. § 812 I 1 BGB "Erlangte" herauszugeben, d. h. der Anspruch umfasse den gesamten Gewinn. Auch bei Bereicherung durch Leistung beschränke sich der Anspruch nicht auf die Rückgabe des Geleisteten, sondern "erfasse die vorteilhaften Folgen, die durch die Leistungen verursacht sind und im Rahmen des Leistungszweckes liegen." ⁸¹⁾ D. h. auch im Fall der Leistungskondition sei der gesamte Leistungserfolg herauszugeben, wenn und soweit er in kausalem Zusammenhang mit dem Zweck der Leistung stehe. Nur für den Fall, daß der Gewinn nicht ausschließlich auf der rechts-

78) A.a.O., S. 14

79) A.a.O., S. 14 f.

80) A.a.O., S. 122

81) a.a.O., S. 124. Warum Wilburg in seiner Kritik an der "Eingriffstheorie" von Schulz das Kausalitätsprinzip zunächst klar ablehnt, vgl. S. 105, statt dessen bei Bereicherung "in sonstiger Weise" ziemlich ~~verschwiegen~~ ^{unklar} einen "wirtschaftlichen Zusammenhang" zwischen Verwendung und Erfolg fordert, vgl. S. 122, bei der Leistungskondition jedoch offensichtlich die Kausalität als Kriterium des Anspruchsumfanges wieder heranzieht, wurde nicht erläutert und bleibt widersprüchlich.

grundlosen Verwendung oder Leistung, sondern auch auf einem Beitrag des Bereicherten, wie etwa Einsatz von eigenen Produktionsmitteln, beruht, solle nicht der gesamte Gewinn herauszugeben sein.⁸²⁾ Hier bietet Wilburg einerseits die Möglichkeit an, den Gewinn im Verhältnis der "Beitragswerte" von Schuldner und Gläubiger zu teilen, andererseits den Anspruch auf angemessenes Entgelt zu beschränken, wenn "die Berechnung von Anteilen als undurchführbar erscheint oder doch zumindest einen Umweg bedeutet."⁸³⁾

Wilburg begründet die Pflicht zur Herausgabe des grundsätzlich gesamten Verwendungserfolges in Fällen einer Bereicherung "in sonstiger Weise" damit, daß bestimmte Rechte die durch die Verwendung erzielten, "in wirtschaftlichem Zusammenhang"⁸⁴⁾ mit ihnen stehenden Erträge dem Inhaber dieser Rechte zuweise. Zur Begründung seiner These vom Zuweisungsgehalt der Rechte, die er vorwiegend am Eigentum orientiert, verweist er beispielhaft auf den Anspruch, der auf Ersatz von Gebrauchsvorteilen und Früchten gerichtet ist, an denen der Besitzer nach § 955 BGB Eigentum erworben hat. Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß in § 955 BGB nur von den unmittelbaren Sachfrüchten i.S.d. § 99 I BGB die Rede ist. Dem Eigentümer der Muttersache in diesem Fall einen Herausgabe- oder Ersatzanspruch gegen den nichtberechtigten Eigenbesitzer zu gewähren, ist durchaus angemessen, da die unmittelbaren Sachfrüchte bereits als potentiell

82) a.a.O., S. 126 ff.

83) a.a.O., einerseits S. 128 ff., andererseits S. 133 ff.

84) A.a.O., S. 122

existente Güter von Anfang an gleichsam in der Sache ruhen und deshalb aus fremdem Vermögen erworben sind. Hier mag es angehen, von einem "Zuweisungsgehalt" des Eigentums hinsichtlich dieser Früchte zu sprechen. Anders verhält es sich jedoch, wenn man dem Eigentümer den "in wirtschaftlichem Zusammenhang" mit dem Eigentum stehenden "Verwendungserfolg" zuweisen will. Das wäre Ausdruck einer "verfehlte(n) ökonomische(n) Anschauung, als ob der wirtschaftliche Ertrag aus den Gegenständen hervorstübe wie die Pflanze aus dem Boden, als ob es Gegenstände gäbe, in denen ein wirtschaftlicher Ertrag schon darin steckte, wie das Mineral im Bergwerk."⁸⁵⁾ Diese Erträge sind vielmehr in aller Regel vorwiegend das Ergebnis von Leistung und Geschicklichkeit des Bereicherten.

Im übrigen läßt sich auch sonst aus den gesetzlichen Bestimmungen kein Satz des Inhalts herleiten, daß das Eigentum seinem Inhaber die durch die unberechtigte Verwendung des ihm zustehenden Rechtsgutes erzielten Vorteile zuweise. Man denke nur an die unterschiedliche Regelung der §§ 987 ff., die dem Eigentümer die Nutzungen nur bei Bösgläubigkeit des unrechtmäßigen Besitzers "zuweisen", bzw. wenn sie nach Rechtshängigkeit gezogen worden sind. Der "Zuweisungsgehalt" ist jedoch ausschließlich eine dem beeinträchtigten Recht immanente Größe, die von äußeren Tatbeständen wie Bösgläubigkeit u.s.w. unabhängig sein muß, wenn vom Zuweisungsgehalt eines R e c h t s die Rede sein soll.⁸⁶⁾

85) S c h u l z, a.a.O., S. 205

86) Vgl. K l e i n h e y e r, JZ 70, S. 471 ff.
(472)

Die Trennung des Anspruchs wegen Bereicherung durch und ohne Leistung ist für W i l b u r g eine notwendige Konsequenz aus der Tatsache, daß der eine dem Rechtsschutz diene, während der andere dem Leistungsverhältnis entspringe. Diese Auffassung ist jedoch nicht vereinbar mit der Systematik des BGB, wonach § 812 BGB ausschließlich und einheitlich dem Ausgleich ungerechtfertigter Güterbewegungen dienen soll.⁸⁷⁾ Zum anderen widerspricht diese Ansicht dem Wortlaut des § 812 I 1 BGB, der einheitlich bei Bereicherung durch und ohne Leistung einen Anspruch auf das ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen Erlangte gewährt. Daß die einheitliche Fassung dieser Bestimmung der Absicht des Gesetzgebers entspricht, zeigt deren Entstehungsgeschichte. Der erste Entwurf zum BGB aus dem Jahre 1888 regelte in den §§ 737 ff. die Leistungsbereicherung, während die Bereicherung "in sonstiger Weise" in § 748 normiert wurde. § 748 sollte als ergänzender Auffangtatbestand alle die Fälle normieren, in denen die Vermögensverschiebung nicht durch Leistung bewirkt war. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs entschied sich jedoch für die einheitliche Regelung von Bereicherung durch Leistung und "in sonstiger Weise" in § 737, da es neben Gründen der Übersichtlichkeit und der Gesetzgebungstechnik "systematisch richtiger sei, das allgemeine, die ganze Lehre beherrschende Prinzip an die Spitze zu stellen."⁸⁸⁾ Aus dieser Zusammenlegung folgt, daß zwar die Gründe

87) Vgl. v. L ü b t o w, a.a.O., S. 26; E s s e r, Bd. II. S. 333; v. M a y r, a.a.O. S. 34; K r a w i e l i c k i, a.a.O., S. 2; M o t i v e Bd. II, S. 829; Protokolle, Bd. II, S. 684

88) Protokolle, Bd. II, S. 684

für die Entstehung des Anspruchs aus § 812 I 1 BGB, der § 737 des zweiten Entwurfs entspricht, verschieden sein können, die Bestimmung des "Erlangten" jedoch immer einheitlich erfolgt.⁸⁹⁾

89) Vgl. K e l l m a n n, a.a.O., S. 97 ff.;
ders. in NJW 1971, S. 862 ff. (863)

IV. Die Zuweisungstheorie von v. Caemmerer;
Darstellung und Kritik

Auch von C a e m m e r e r sieht bei der von ihm als "Bereicherung aus fremden Gut" bezeichneten Vermögensmehrung durch rechtsgrundlose Nutzung oder Verwertung fremder Güter die Unrechtmäßigkeit im Verstoß gegen den Zuweisungsgehalt des beeinträchtigten Rechts.⁹⁰⁾ Während die eine einen Rückabwicklungsanspruch erzeuge, der dem "Recht der Güterbewegung" angehöre, führe die andere zu einem Anspruch, der dem "Güterschutz" dienen soll.⁹¹⁾ Anders als W i l - b u r g weist er jedoch den "Gewinn" aus der Nutzung bzw. Verwertung dem Rechtsinhaber nicht zu. "Dem Eigentümer der Sache gebührt das uti, frui, abuti, ihm ... steht es zu, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen, sie zu verbrauchen und sie zu Gelde zu machen, sie zu verwerten".⁹²⁾ Da das Nutzen, Gebrauchen, Verwerten und Verbrauchen nicht herausgabefähig ist, soll der Bereicherte Wertersatz gemäß § 818 II BGB leisten. Die Lehre vom Zuweisungsgehalt der Rechte⁹³⁾

+ 91) a.a.O., S. 342, 353

92) a.a.O., S. 353

93) Die Frage, welche Rechte überhaupt und inwieweit einen "Zuweisungsbereich" haben können, wurde untersucht von M e s t m ä c k e r, JZ 1958, S. 521 ff. (524 ff.), v. C a e m m e r e r, a.a.O., S. 396 ff., S u m e r a, Das Problem der Bereicherungshaftung bei rechtswidrigen, schuldlosen Verletzungen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Wettbewerb, Diss. jur. Frankfurt 1960, S. 60 ff., 69 ff.

+ 90) Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: FS für R a b e l, S. 353

i.S.v. C a e m m e r e r ' s, die v. L ü b -
t o w bereits angedeutet hat⁹⁴⁾, wurde von einem
großen Teil des Schrifttums weitgehend übernom-
men.⁹⁵⁾ Einige dieser Autoren⁹⁶⁾ sehen aber den-
noch, wie auch v. L ü b t o w, § 812 I 1 BGB
als einheitlichen Tatbestand an.

Gegen die grundsätzliche Trennung des Bereiche-
rungsanspruches aus "Eingriffserwerb" von der
Leistungskondition durch v. C a e m m e r e r
spricht der Wortlaut des § 812 I 1 BGB, seine
systematische Stellung im BGB sowie seine Ent-
stehungsgeschichte.^{96a)} Wenn v. C a e m m e r e r
dem Entreicherten einen Anspruch auf Gewinnheraus-
gabe nicht zugesteht, so ist ihm darin zuzustim-
men.

Soll der Satz "dem Eigentümer der Sache gebührt
das uti, frui, abuti ..., ihm steht es zu, die
Sache zu gebrauchen und zu nutzen, sie zu ver-
brauchen und sie zu Gelde zu machen, sie zu ver-
werten"⁹⁷⁾ jedoch bedeuten, daß der Zuweisungs-

94) a.a.O., S. 29, 34, 54

95) F i k e n t s c h e r, Schuldrecht, S. 612;
U l m e r, Urheber- und Verlagsrecht, S. 406
ff.; S u m e r a, a.a.O., S. 54 ff.,
M e s t m ä c k e r, JZ 58, S. 523 ff.;
S o e r g e l - M ü h l, § 812 Randnr. 164;
E s s e r, Bd. II, S. 365; H a a s, S. 98
ff., A n t o n i, S. 129 ff.

96) v. L ü b t o w, S. 25 f., der von "Spiel-
arten einer allgemeinen Ausgleichordnung"
spricht; S o e r g e l M ü h l, Vorbem. I
2 zu § 812 I 1 als "systematische Einheit im
weiteren Sinn"; L a r e n z, Bd. II,
S. 364, hebt die "Einheitlichkeit des Grund-
gedankens" hervor.

96a) Vgl. oben, S. 30 f.

97) v. C a e m m e r e r, a.a.O., S. 353

gehalt eines Rechts sich auf T ä t i g k e i -
t e n beschränkt, wäre er falsch, da zumindest
das uti, frui, abuti weder rechtlich noch wirt-
schaftlich Vermögenscharakter haben. Richtiger-
weise wird man hierin jedoch eine Befugniszu-
weisung sehen müssen.⁹⁸⁾ Hinsichtlich einer Befug-
nis, bestimmte Handlungen vorzunehmen, kann aber
nicht davon gesprochen werden, daß der sich
rechtsgrundlos Bereichernde sie erlangt; "dieser
maßt sie sich allenfalls rechtswidrig an".⁹⁹⁾
Widersprüchlich heißt es deshalb bei v.

C a e m m e r e r : "Gegenstand des Bereiche-
rungsanspruches aus Eingriffserwerb ist der
Wert des Erlangten."¹⁰⁰⁾ Obgleich v. C a e m -
m e r e r ausdrücklich Rechtsgrundlosigkeit des
Erwerbs nicht durch Rechtswidrigkeit einer
Handlung ersetzen möchte, so rückt ein Be-
reicherungsanspruch wegen Befugnisanmaßung doch
nahe an einen Deliktsanspruch heran und von
einer Bereicherungshaftung weg, deren wesent-
liches Kriterium das "Erlangte" bzw. die Ver-
mögensmehrung des Bereicherten ist. Ähnliches
meint wohl auch J a k o b s, wenn er aus
der Ansicht v. C a e m m e r e r ' s, der
Bereicherungsanspruch aus fremdem Gut diene dem
Rechts- und Befugnischutz des Entreicherten,
die Konsequenz herleitet, daß diese Ansicht in
erster Linie auf die Interessen des Entreiche-
rten, nicht auf die Bereicherung des Schuldners
abstellt und letztlich zu einer Bereicherungs-
haftung ohne Rücksicht auf Bereicherung führe.¹⁰¹⁾

98) Vgl. K l e i n h e y e r, JZ 70, S. 472

99) B a t s c h, a.a.O., S. 80

100) a.a.O., S. 356

101) A.a.O., S. 33

V. Die Auffassungen von K e l l m a n n
K l e i n h e y e r

In jüngster Zeit hat K e l l m a n n¹⁰²⁾ die Gewinnhaftung im Bereicherungsrecht gefordert. In Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht vertritt er die Auffassung, daß alle durch die rechtswidrige "Ausnutzung eines fremden, gegenständlich identifizierbaren Rechtsobjekts"¹⁰³⁾ erzielten Güter als das "Erlangte" im Sinn des § 812 I 1 BGB herauszugeben sind. "Da "Kausalität"... für Natur- und Rechtswissenschaft keine Bedeutung haben sollte"¹⁰⁴⁾, erfasse der Herausgabeanspruch nicht die in kausalem, sondern die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem bereicherungs begründeten Vorgang entstandenen Vorteile¹⁰⁵⁾. Lasse sich der Gewinn auf Beiträge von Be- und Entreichertem zurückführen, so solle der Gewinn entsprechend den Beitragswerten aufgeteilt werden.¹⁰⁶⁾ Wenn über eine Ausgabenersparnis hinaus nichts erlangt sei, so sei "das ersparte Entgelt ... der regelmäßige Minimalgewinn, den die Ausnutzung fremder Rechtsgüter mit sich bringt."¹⁰⁷⁾ K e l l m a n n versteht also die Ausgabenersparnis als untere Grenze der Gewinnhaftung. Die Gewinnhaftung gilt seiner Auffassung nach sowohl für Bereicherung durch als auch ohne Leistung, da "beide Konduktionsarten gleichartig und völlig gleichwertig sind."¹⁰⁸⁾ Eine Vermögensverschiebung als zwingendes Erfordernis des Anspruchs aus § 812 I 1 BGB lehnt K e l l m a n n ab, da sie

102) Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969, S. 71 ff.

103) A.a.O., S. 84

104) A.a.O., S. 134

105) A.a.O., S. 134 ff.

106) A.a.O., S. 140

107) A.a.O., S. 142

108) A.a.O., S. 107

einen Schaden des Entreicherten voraussetze und zudem mit einer über die Ausgabenersparnis hinausgehenden Gewinnhaftung unvereinbar sei.¹⁰⁹⁾ Eine Begründung für seine Auffassung, daß der Anspruch nach § 812 I 1 BGB auf Gewinnherausgabe gehe, liefert K e l l m a n n nicht. Er entnimmt ~~aus~~ dem Tatbestand des § 812 I 1 BGB das Verbot, "mit fremdem Vermögen keinen Gewinn zu machen". Mit F. S c h u l z ist er der Ansicht, daß sich dieses Prinzip nicht weiter begründen lasse.¹¹⁰⁾

Neuerdings vertritt auch K l e i n h e y e r¹¹¹⁾ die Ansicht, daß in Fällen rechtsgrundloser Nutzung fremder Güter, die der Eingriffskondiktion unterliegen, nach § 812 I 1 BGB der Gewinn herauszugeben sei.¹¹²⁾ Nach Auffassung von K l e i n h e y e r ergibt sich die Gewinnhaftung aus dem Tatbestandsmerkmal "auf dessen Kosten", unter dem er die Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter versteht.¹¹³⁾ Das Erfordernis einer Vermögensverschiebung hält er für unbrauchbar, da sie einen Schaden des Bereicherten voraussetze, den dieser gerade bei rechtsgrundloser Nutzung seiner Güter durch einen Dritten häufig nicht habe. Im übrigen zeige die Entstehungsgeschichte des BGB, daß der Gesetzgeber das Erfordernis der Vermögensverschiebung aus dem Tatbestand des § 812 I 1 BGB eliminieren wollte; während nämlich der I. Entwurf in § 748 noch die Formulierung "aus dem Vermögen" enthalte, habe sich die Mehrheit der Kommission in § 737 des II. Entwurfes für eine Änderung in "auf Kosten" entschieden.¹¹⁴⁾ Mit Ausnahme dieser negativen

109) A.a.O., S. 84

110) A.a.O., S. 133

111) JZ 1970, S. 471 ff.

112) A.a.O., S. 471, 477

113) A.a.O., S. 474

114) K l e i n h e y e r, a.a.O., S. 473 (FN 39).

Selektion bietet auch K l e i n h e y e r keine Begründung für seine Auslegung des Tatbestandsmerkmals "auf dessen Kosten", die den Gewinn aus der Inanspruchnahme fremder Güter dem Entreicherten zuweist.

Eine Auseinandersetzung mit der Gewinnhaftung, wie sie von K e l l m a n n und K l e i n h e y e r gefordert wird, soll später¹¹⁵⁾ auf der Grundlage der im folgenden durch Auslegung zu ermittelnden Bestimmung des erlangten "Etwas" im Sinn des § 812 I 1 BGB geführt werden.

C. Die Identität von Be- und Entreicherung in § 812 I 1 BGB

I. Die Bestimmung des "Erlangten" durch das Tatbestandsmerkmal "auf dessen Kosten"

Ob der Ansicht der Rechtsprechung¹¹⁶⁾ und eines großen Teils der Literatur¹¹⁷⁾, die das "Erlangte" als Ergebnis einer Vermögensverschiebung betrachten, oder den davon abweichenden, eben behandelten Theorien und Thesen im Schrifttum zuzustimmen ist, kann nur die Auslegung des § 812 I 1 BGB ergeben: Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Wie K l e i n h e y e r zu Recht bemerkt¹¹⁸⁾, bestimmt das Tatbestandsmerkmal "auf dessen Kosten" den Umfang des "Erlangten", so daß eine darüberhinausgehende Exegese des § 812 I 1 BGB für das hier zu lösende Problem der Definition des "Erlangten"

115) Vgl. oben, S. 49 ff.

116) vgl. FN 29

117) vgl. FN 30

118) JZ 1970, S. 473

entbehrlich ist.

Die Entstehungsgeschichte des Tatbestandsmerkmals "auf dessen Kosten" weist den Weg zu der richtigen Auslegung. Während sich die Kommission für die 1. Lesung des Entwurfs des BGB in § 748 für die Formulierung "aus dem Vermögen" entschieden hatte, wurde für die 2. Lesung der Ausdruck "auf Kosten" gewählt.

Wie aus den Protokollen¹¹⁹⁾ hervorgeht, wurde die Fassung "auf Kosten" deshalb bevorzugt, weil "sie auch diejenigen Fälle mitumfasse, in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögensstand desselben berühre." Man dachte an Fälle wie den der Ausschlagung einer Erbschaft, die nie zum Vermögen des Erbberechtigten gehört habe und die der nächstberufene Erbe nicht aus dem Vermögen des Ausschlagenden erlange. Der Vermögensbegriff wurde dabei von den Verfassern des BGB im Sinne *B o l z e ' s* verstanden, der ihn so definiert hatte: "Aktives Vermögen ist nur die Summe der einer Person zustehenden einzelnen Vermögensrechte zuzüglich derjenigen nutzbaren tatsächlichen Verhältnisse, welche von der Person *r e c h t s m ä ß i g* für eigene Rechnung genutzt werden."¹²⁰⁾

Bereits die frühe Literatur¹²¹⁾ zum Bereicherungsrecht erkannte jedoch diesen Vermögensbegriff als zu eng. Zum Vermögen gehören nach ^{jener} ~~dieser~~

119) Bd. II, S. 685

120) AcP 78, S. 422 ff. (427)

121) v. M a y r, S. 194 ff., J u n g, S. 145 ff.

Ansicht nicht nur die der vollen Rechts Herrschaft unterliegenden Gegenstände, es genüge vielmehr bereits ein Anwartschaftsrecht. Dieser Ansicht haben sich Literatur und Rechtsprechung angeschlossen, wobei allerdings die Auffassungen über das Wesen des Anwartschaftsrechts erheblich auseinandergehen.¹²²⁾ Die Bedenken der Verfasser des BGB, die zu einer Abänderung der Formulierung "aus dem Vermögen" in "auf Kosten" führten, entsprangen ausschließlich einem heute nicht mehr gültigen, da zu engen Vermögensbegriff.

II. Bereicherung und Schaden

Demnach ließe sich das Tatbestandsmerkmal "auf dessen Kosten" durchaus als Vermögensverschiebung im Sinn der Definition v. Savigny¹²³⁾ interpretieren, wonach das "Erlangte" vor Bereicherungseintritt zum Vermögen des Entreicherten gehört haben müsse. Für die Leistungskondition ist die Vermögensverschiebung aufgrund des modernen Leistungsbegriffs¹²⁴⁾ weniger problematisch, da die Vermögensminderung beim Entreicherten mit der "bewußten und zweckgerichteten Vermehrung fremden Vermögens" identisch ist. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem bei der Eingriffskondition in den Fällen rechtsgrundloser Nutzung, wenn der Entreicherte einen Schaden nicht davongetragen hat. Ein

122) Vgl. die Ausführungen bei Staudinger-Seuffert, § 812 Randnr. 6 ff.; BGHZ 21, S. 98 ff. (99)

123) A.a.O., S. 526 f.

124) Vgl. Rothoef t, AcP 163, S. 215 ff. (224 f.); Palandt-Thomas, § 812 Anm. 2; Esser, SchR. Bd. 2, S. 339

Teil der Literatur¹²⁵⁾ und die Rechtsprechung¹²⁶⁾ sind nämlich der Ansicht, daß die Vermögensverschiebung immer einen Nachteil des Entreicherten verlange, wobei es allerdings genüge, daß der Vermögensstand des Gläubigers negativ "berührt" werde.

Bereits ein Teil der frühen Literatur hat einen Schaden des Entreicherten als Voraussetzung der Vermögensverschiebung und damit der Entstehung des Anspruchs nach § 812 I 1 BGB betrachtet:

Dem Vorteil des Bereicherten müsse ein Schaden des Entreicherten gegenüber stehen, nur dann könne ein Bereicherungsanspruch entstehen.¹²⁷⁾ Im Hinblick auf die Feststellung des Umfanges - und damit auf § 818 II BGB - des Bereicherungsanspruches hält v. M a y r den Schaden jedoch für kein geeignetes Kriterium. Der Umfang der Haftung bemesse sich nur nach der Wirkung, die das bereicherungsbegründende Ereignis auf das Vermögen des Empfängers gehabt habe, also ausschließlich nach der Vermögensmehrung des Bereicherten. Die Höhe des Anspruchs werde nicht

125) W i l b u r g, a.a.O., S. 97 ff.; K e l l m a n n, Gewinnhaftung, S. 78 ff.; P a l l a n d t - T h o m a s, § 812 Anm. 4;

126) RGZ 97, S. 312 ff.; RGZ 119, S. 332 ff. (335) BGHZ 17, S. 236 ff. (239); BGHZ 36, S. 232 ff. (233); OLG Köln in OLGE 13, S. 388 ff. (389); OLG Braunschweig in OLGE 18, S. 48 ff.

127) v. M a y r, a.a.O., S. 192 ff., K r e s s a.a.O., S. 333; J u n g, a.a.O., S. 153 f.; ebenso F. S c h u l z a.a.O., S. 478: Wo immer der Gewinnerwerb ... nicht unter gleichzeitiger Vermögensschädigung erfolgt, kann man nicht von einem Gewinn auf Kosten eines anderen reden. Diese Worte "in besonderer Weise" zu verstehen, so daß man sie schließlich gar nicht mehr versteht, ist verfehltes Beginnen."

durch den Schaden des Entreicherten bestimmt, herauszugeben "ist vielmehr der Gewinn des Beklagten".¹²⁸⁾

Andere Autoren sind jedoch der Ansicht, daß der Schaden des Entreicherten auch den U m f a n g und damit den Wert der Bereicherung bestimme. Danach sei der Bereicherungsanspruch einerseits durch die Vermögensmehrung des Bereicherten, andererseits durch den Schaden des Entreicherten begrenzt.¹²⁹⁾ Habe der Bereicherte mehr gewonnen, als der Entreicherte verloren habe, sei ein Anspruch in Höhe des Verlustes gegeben, die überschießende Bereicherung verbleibe dem Bereicherten. Liege die Bereicherung unter dem Verlust des Entreicherten, sei Wertersatz nur in Höhe dieser Bereicherung zu leisten. Decken sich also Schaden und Vermögensmehrung nicht, so wird nach dieser Auffassung der Bereicherte immer nur in Höhe des geringeren Betrages ersatzpflichtig. Präzise hat F r a n k e¹³⁰⁾ diese Ansicht formuliert: "Soweit dem Gewinn kein Schade gegenübersteht, kann der Eingreifer ihn - wenigstens unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung - behalten". Der Schaden

128) a.a.O., S. 591 f.; gleicher Ansicht H.A. F i s c h e r, Bereicherung und Schaden S.15ff.

129) S e g a l l, a.a.O., S. 13 f., 33 ff., 38 ff. F r a n k e, Herausgabe des Gewinns bei Verletzung absoluter Rechte, Diss. jur. Göttingen 1931, S. 20 ff., B a r n s t a e d t, Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. jur. Göttingen, S. 21 f.; N e b e n z a h l, Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. jur. Berlin 1930, S. 101

130) a.a.O., S. 28

umfaßt danach auch den entgangenen Gewinn, der fingiert wird, wenn eine i.S.d. § 252 II BGB hinreichend sichere Erwerbsaussicht bestanden hat.¹³¹⁾

Bevor im folgenden untersucht werden soll, ob ein Schaden des Entreicherten notwendiger Bestandteil des Bereicherungsanspruchs nach § 812 I 1 BGB ist, wird der Begriff "Vermögen" zu definieren sein. Juristischer und nationalökonomischer Vermögensbegriff müssen unterschieden werden. Nationalökonomisch gehören zum Vermögen die "wirtschaftlich wertvollen Güter", d. h. also auch tatsächliche Zustände wie etwa die verkehrsgünstige Lage eines Grundstücks oder der Kundenkreis eines Unternehmens. Entscheidendes Kriterium ist der Tausch- bzw. Geldwert.¹³²⁾ Die rechtliche Zugehörigkeit eines Gutes ist für den wirtschaftlichen Vermögensbegriff nur insofern erheblich, als sie eine tatsächliche Verfügungsgewalt gewährt. D. h. selbst das Eigentum an einer Sache schafft wirtschaftlich keine Vermögenszugehörigkeit, wenn der Eigentümer infolge ungünstiger äußerer Umstände nicht darüber verfügen kann oder - abstrakt formuliert - eine Tauschmöglichkeit nicht gegeben ist.¹³³⁾

131) Vgl. F r a n k e, ebenda

132) Vgl. v. T h u r, AT, S. 319, H. A. F i s c h e r, Der Schaden, S. 11 ff.; O r t h, S. 78 ff.; für die wirtschaftswissenschaftliche Literatur Gerhard W e i s e r in HDSW 11, S. 63: Unter Vermögen wird ... die Gesamtheit der in Geld schätzbaren Güter einer Person oder Personengruppe verstanden."

133) H. A. F i s c h e r, a.a.O., S. 12

Zum Vermögen im juristischen Sinn gehören dagegen nur Rechte und Rechtsverhältnisse. D. h. auch ein wirtschaftlich wertvolles Gut muß sich an der Frage messen lassen, ob es Gegenstand eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses ist.¹³⁴⁾ Entscheidend ist hier also die rechtliche Zugehörigkeit des Vermögensgegenstandes zu dem Rechtsinhaber.

Die Frage ist nun, welcher dieser beiden Vermögensbegriffe für den Bereicherungsanspruch nach § 812 I 1 BGB heranzuziehen ist. Die Antwort ergibt sich zwanglos aus der Überlegung, warum der Bereicherte den Gegenstand der Bereicherung zurückverlangen kann. Ginge man vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus, so doch deshalb, weil er vor der Verschiebung für den späteren Gläubiger Tauschwert hatte oder allgemein von Nutzen war. Um bei dem erwähnten Beispiel zu bleiben, könnte also der Kaufmann A die sine causa zum Kaufmann B gewechselte Kundschaft von diesem "herausverlangen", bzw. einen Wertersatzanspruch durchsetzen. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Argumentation im Hinblick auf § 812 I 1 BGB verfehlt ist.

Vielmehr ist doch der Entreicherte deshalb rückforderungsberechtigt, weil der rechtsgrundlos entzogene oder geleistete Gegenstand ihm nach wie vor gehört oder - anders ausgedrückt - in seine Rechtszuständigkeit fällt. Ein Wechsel in der Zuständigkeit soll eben nach geltendem Recht nur durch rechtsgültige Willensäußerung

134) B a t s c h, S. 99

oder gesetzliche Vorschrift erfolgen.

Für die Frage der Vermögenszugehörigkeit i.S.d. § 812 I 1 BGB ist demnach der juristische Vermögensbegriff, also eine subjektive Rechtsbeziehung des Entreicherten zu dem Bereicherungsgegenstand maßgeblich.¹³⁵⁾ Damit soll jedoch keinesweg gesagt werden, daß nur Fälle einer Rechtsverschiebung zu einer Bereicherungshaftung führen können.¹³⁶⁾ Es genügt vielmehr, wenn ein dem subjektiven Recht immanenter Vorteil dem Rechtsinhaber entzogen wird und in das Vermögen des Bereicherten übergeht. Ein derartiger Vorteil liegt aber bereits in der Nutzung eines fremden Gegenstandes, was nicht bedeutet, daß der Nutzungserfolg, d. h. der Gewinn herauszugeben ist. Gebrauch, Nutzung und Verbrauch sind vielmehr Vorteile, die das subjektive Recht seinem Inhaber gewährt. Übt ein anderer diese Tätigkeiten aus, hat er etwas erlangt, das vorher im Vermögen des Entreicherten war. Da derartige Vorteile nicht gegenständlicher Natur und damit herausgabefähig sind, hat der sine causa Bereicherte Wertersatz gemäß § 818 II BGB zu leisten. Im Ergebnis entspricht diese Ansicht v. C a e m m e r e r, wenn er sagt: "Dem Eigentümer der Sache gebührt das uti, frui, abuti, ... Wenn jemand also eine fremde Sache gebraucht oder nutzt, wenn er sie verbraucht (§ 812 Abs. I Satz I BGB), ..., dann hat er etwas erlangt, was nach dem Zuweisungsgehalt

135) Vgl. J a k o b s, S. 164 f., B a t s c h, S. 99 ff., J u n g, S. 148

136) Diese Konsequenz zieht zu Unrecht J a k o b s, S. 165, so auch bereits L e o n - h a r d, Schuldrecht II, S. 454 ff.

des Eigentums dem Eigentümer gebührt."¹³⁷⁾ Nur sind eben diese Tätigkeiten dem Eigentümer nicht ~ gleichsam von außen ~ "zugewiesen", vielmehr ist der in diesen Verwendungsarten liegende Vorteil Bestandteil des subjektiven Rechts und damit Vermögensbestandteil.

Im Ergebnis ist auch B a t s c h zuzustimmen, der ebenfalls auf den juristischen Vermögensbegriff abstellt, wobei nach seiner Auffassung das subjektive Recht als Kriterium der Vermögenszugehörigkeit dessen Inhaber "Entscheidungszuständigkeit" zuweist. Diese enthalte die konkrete Entscheidungs möglichkeit, die dem Berechtigten entzogen wird aufgrund der in der Ausübung dieser Möglichkeit liegenden Entscheidung durch den Nichtberechtigten. "Das in einem solchen Fall infolge der Vermögensverschiebung aus dem Vermögen des Entreicherten erlangte "etwas" ist die ... Entscheidung."¹³⁸⁾ Zwar wäre die Entscheidung des Bereicherten nie im Gläubigervermögen gewesen, jedoch "entspricht sie der dem Entreicherten zustehenden "Entscheidungsmöglichkeit"." Nach Ansicht von B a t s c h ist eine derartige "gegenständliche Entsprechung" ausreichend, aber auch erforderlich.¹³⁹⁾

Eine Entscheidung ~ und daran ändert auch die Reduzierung der Beziehung von Verlorenem und Erlangtem auf "gegenständliche Entsprechung"

137) FS R a b e l, S. 353

138) a.a.O., S. 103

139) a.a.O., S. 94

nichts - kann jedoch nie aus dem Vermögen eines anderen "erlangt" sein. Sie ist vielmehr eine Willensverwirklichung, die allein vom Bereicher-ten vorgenommen wird. Überhaupt erscheint es fraglich, ob eine "gegenständliche E n t - s p r e c h u n g" im Sinne von "Gleichheit der Merkmale" des aus dem Gläubigervermögen ausgegangenen und in das Schuldnervermögen über-gegangenen Vermögensbestandteiles den Begriff "Vermögensverschiebung" noch deckt, ob nicht vielmehr gegenständliche Identität vorliegen muß. Abgesehen davon, daß Quantität und Quali-tät der Merkmale, die gleich sein müssen, von B a t s c h nicht bestimmt werden - bei Gleichheit a l l e r Merkmale läge Identi-tät vor -, verläßt seine Ansicht den Boden der Theorie v. S a v i g n y ' s. Wenn nämlich der Bereicherte etwas erlangt, das dem Verlust des Entreicherten nur entspricht, erwirbt er eben nicht genau den Vermögensgegenstand, der "vorher schon wirklich einmal zum Vermögen dessen ge-hört hat (habe), welcher darauf eine Condiktion gründen will", sondern nur einen "gegenständ-lich entsprechenden", der vorher eindeutig nicht zum Vermögen des Gläubigers gehört hat. Obgleich B a t s c h das Erfordernis einer Vermögens-verschiebung einheitlich zur Grundlage des Be-reicherungsanspruchs nach § 812 I 1 BGB macht, so vermag doch seine Theorie von Erfordernis und Genüge gegenständlicher Entsprechung von verlorenem und erworbenem Vermögensbestandteil eine Vermögensverschiebung nicht zu begründen. Vielmehr ist entsprechend der S a v i g n y - s c h e n Definition Identität erforderlich. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich jedoch in aller Klarheit, daß das "Erlangte" im Sinn

des § 812 I 1 BGB ein Problem begriffsjuristischer Art nicht enthält. Gerade in den Fällen rechtsgrundloser Nutzung erschien es einem Teil der Literatur schwierig, zu definieren, was der Bereicherte nun eigentlich "erlangt" habe. V. C a e m m e r e r ist der Auffassung, daß dem Entreicherten das "uti, frui, abuti" zugewiesen sei; es steht jedoch unzweifelhaft fest, daß der Bereicherte weder diese Tätigkeit selbst "erlangt" noch die Befugnis, solche Tätigkeiten vorzunehmen.^{139a)} Ebensowenig hat der Bereicherte die M ö g l i c h k e i t der Nutzung vom Entreicherten "erlangt"^{139b)}, vielmehr hat der Empfänger sie sich unbefugt verschafft. Entscheidend ist - und damit erübrigen sich diese begrifflichen Schwierigkeiten -, daß der Bereicherte entsprechend der gesetzlichen Intention und der Auffassung v. S a v i g n y ' s insoweit nach § 812 I 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet ist, als Bereicherung und Entreichering identisch sind.

Das Erfordernis der Identität gilt jedoch nur für die Entstehung des Bereicherungsanspruchs. Dessen Umfang kann sich selbstverständlich entsprechend § 818 BGB nachträglich

139a) Vgl. oben, S. 33 f.

139b) Vgl. L i e b NJW 1971, S. 1291 f.

verändern. D. h. die Auffassung, wonach der Verlust des einen sich mit dem Gewinn des anderen weder dem Gegenstande noch dem Umfang nach zu decken brauche¹⁴⁰⁾, ist insoweit unrichtig, als sie den Bereicherungs g e g e n s t a n d mit einbezieht. Unter dem Gesichtspunkt des Identitätserfordernisses ist also bei sine causa-Nutzung aus dem Vermögen des Entreicherten der Nutzungsvorteil, nicht verstanden i. S. d. § 100 BGB als Fruchterwerb, sondern lediglich als Vorteil, der in der Ausübung dieser Tätigkeit als solcher liegt, das nach § 812 I 1 BGB Erlangte.

Dank des § 812 I 1 BGB zugrunde gelegten juristischen Vermögensbegriffs erweist sich die immer noch weitverbreitete¹⁴¹⁾ Ansicht, daß der Anspruch nach § 812 I 1 BGB einen Schaden des Entreicherten voraussetzt, als unhaltbar. Damit erübrigen sich so mühsame Schadenskonstruktionen der Rechtsprechung wie etwa in dem Fall, wo der Bereicherte sine causa Wasser aus einer fremden Leitung verwandte; da das Wasser selbst nichts kostete, stützte das OLG Braunschweig¹⁴²⁾ den Bereicherungsanspruch auf den Schaden, der durch die Abnutzung der Wasserleitung verursacht wurde. Ebenfalls nach § 812 BGB wurde das rechtsgrundlose Bewohnen eines fremden Hauses beurteilt, obgleich der Eigentümer das Haus nicht hätte nutzen können, wo der Schaden also allenfalls in der Abnutzung liegen konnte. Unter

140) Vgl. P a l a n d t - T h o m a s, § 812 Anm. 4A; RGRK - S c h e f f l e r, § 812 Anm. 27; S t a u d i n g e r - S e u - f e r t, § 812 Randnr. 76

141) Vgl. FN 125, 126

142) OLGE 18, 48

diesem Gesichtspunkt wurde dem Kläger denn auch ein Bereicherungsanspruch gewährt.¹⁴³⁾

Alle diese Schadenskonstruktionen entspringen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Geht man dagegen vom juristischen Vermögensbegriff aus, stellt sich doch nur die Frage, ob der Bereicherte etwas erlangt hat, das in die **R e c h t s z u s t ä n d i g k e i t** des Entreicherten fällt. Dann kommt es nicht mehr darauf an, ob der bereicherungs begründende Vorgang den Entreicherten wirtschaftlich "getroffen" hat, ob er etwa die rechtsgrundlos genutzte Wohnung hätte anderweitig vermieten können oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, daß die Vorteile, die in jeder Art von Verwendung liegen, zum Inhalt des subjektiven Rechts gehören und dessen Inhaber zustehen.

Aufgegeben wird damit ein ökonomisch geprägtes Verständnis des "Erlangten", wie es besonders klar in folgender Entscheidung des BGH¹⁴⁴⁾ zum Ausdruck kommt "Für den Beeinträchtigten muß sich nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar aus der Bereicherung eine Vermögens-einbuße ergeben oder umgekehrt: Die Bereicherung muß die unmittelbare Folge einer Vermögens-einbuße des anderen Teils sein." Daß die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" von Be- und Entreichering entgegen der überwiegenden Meinung¹⁴⁵⁾ mit § 812 I 1 BGB unvereinbar ist, zeigen die

143) OLG Köln in OLGE 13, 389

144) NJW 1962, S. 581 f.

145) Vgl. die Nachweise bei **B a t s c h**, S. 34
FN 145, 146; S. 104, FN 426

Fälle, in denen das "Erlangte" ohne jeden Wert ist: Solange Naturalrestitution möglich ist, kann kondiziert werden.¹⁴⁶⁾ Richtig und erforderlich ist es dagegen, bei Anwendung des § 818 II, III BGB auf den wirtschaftlichen Wertzuwachs beim Bereicherten abzustellen.¹⁴⁷⁾

III. Bereicherung und Gewinnherausgabe

Geht man mit der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung von dem Erfordernis einer Vermögensverschiebung für die Entstehung eines Anspruchs nach § 812 I 1 BGB aus, dann stellt sich die Frage, ob der Gewinn Gegenstand einer solchen Verschiebung sein kann. Um zu einer positiven Antwort zu gelangen, müßte entsprechend der Definition v. Savigny's der Gewinn bereits einmal im Vermögen des Entreicherten gewesen sein. Das ist jedoch ausnahmslos unmöglich, da die erzielten Vorteile erst durch die Tätigkeit des Bereicherten in dessen Vermögen entstehen.

Ließe sich jedoch im Hinblick auf den Gewinn ein Anwartschaftsrecht des Entreicherten konstruieren, bliebe die Identität von Be- und Entreichung durchaus gewahrt. Aber nur wenn die Aussicht auf den Anfall eines Rechts "einen solchen Grad von Festigkeit erlangt hat, daß sie im Verkehr als eine bereits gegenwärtige Vermögensposition angesehen wird",¹⁴⁸⁾ kann

146) Vgl. K o p p e n s t e i n e r NJW 1971, S. 1774

147) derselbe, a.a.O.

148) L a r e n z, Allg. Teil, S. 236

von einem Anwartschaftsrecht gesprochen werden. Es genügt also keineswegs eine Erwerbssaussicht, auch nicht eine mit dem Wahrscheinlichkeitsgrad des § 252 BGB, oder mit anderen Worten eine "tatsächliche Anwartschaft"¹⁴⁹⁾. Nach B i e l s c h o w s k y gehört die "tatsächliche" im Gegensatz zur "rechtlichen" Anwartschaft nicht zum Vermögen, deren Vereitelung vermag jedoch, wie § 252 BGB zeigt, einen Vermögensschaden zu begründen.¹⁵⁰⁾

Grundsätzlich ist für die Frage der Vermögenszugehörigkeit die rechtliche Zuständigkeit maßgeblich. Da diese Zuständigkeit durch die subjektiven Rechte geregelt wird, müßte auch das Anwartschaftsrecht auf den Gewinn "eine herrschaftliche Beziehung"¹⁵¹⁾ im Sinne eines subjektiven Rechtes zu dem durch die Tätigkeit eines anderen erlangten und in dessen Vermögen erstmals entstandenen Gute widerspiegeln. Eine herrschaftsähnliche Beziehung des Rechtsinhabers zu einem noch gar nicht existenten, vielmehr erst durch die Handlung des Eingreifers zu schaffenden Gewinn herstellen zu wollen, wäre jedoch verfehlt. Demzufolge ist der Gewinn mit der Entreicherung nicht identisch und deshalb nicht Gegenstand des Anspruchs aus § 812 I 1 BGB.

Vor allem aber bietet § 687 II BGB das argumentum e contrario für eine Auslegung des § 812 I 1 BGB,

149) B i e l s c h o w s k y, AcP 153, S. 80 ff.

150) a.a.O., S. 83

151) R a i s e r, ZB JV 97, S. 121 (129 f.)

nach der ein vom Bereicherten erzielter Gewinn nicht unter die Herausgabepflicht fällt. Nach § 687 II BGB hat derjenige, der bewußt und unbefugt ein fremdes Geschäft zu eigenem Nutzen betreibt, über § 681 Satz 2 BGB gemäß § 667 BGB alles, "was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben". Damit hat der Gesetzgeber eine abschließende Regelung für die Fälle der vorsätzlichen unberechtigten Eigengeschäftsführung getroffen, die den Eingreifer zur Gewinnherausgabe verpflichtet. Die Ansicht von K e l l m a n n ^{151a)}, wonach weder § 812 I 1 BGB noch § 667 BGB das "Erlangte" genau bestimme, wird durch den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes Widerlegt. § 812 I 1 BGB spricht von "auf dessen Kosten" Erlangtem, wobei "auf dessen Kosten" im Sinne von "aus dessen Vermögen" auszulegen ist ^{151b)}, während nach § 667 BGB das "aus der Geschäftsbesorgung" Erlangte herauszugeben ist. Nach § 812 I 1 BGB soll ausschließlich die unberechtigte Beeinträchtigung fremden Vermögens rückgängig gemacht werden, § 667 BGB dagegen weist die aus dieser Beeinträchtigung erst e n t s t e h e n d e n V o r t e i l e dem Berechtigten zu.

Aus der insoweit abschließenden Regelung des § 687 II BGB läßt sich also der Gegenteilschluß ^{151c)} ziehen, daß bei n i c h t v o r s ä t z l i c h e m Eingriff in fremde Rechtspositionen der erzielte Gewinn nicht herauszugeben ist. § 687 II BGB bietet demnach das Argument dafür, daß § 812 I 1 BGB nicht zur Gewinnherausgabe verpflichtet. ^{151d)}

151a) K e l l m a n n, Gewinnhaftung S. 132

151b) Vgl. oben, S. 37 ff.

151c) B a r t h o l o m e y c z i k, S. 92

151d) Vgl. v. C a e m m e r e r, FS R a b e l, S. 359 f.

IV. Bereicherung und Ausgabenersparnis

Im folgenden soll das Verhältnis von Vermögensverschiebung zu "Ausgabenersparnis" als "Erlangtem" im Sinne des § 812 I 1 untersucht werden. Rechtsprechung¹⁵²⁾ und ihr folgend die Literatur¹⁵³⁾ betrachten in den Fällen rechtsgrundlosen Nutzens, Gebrauchs und Verbrauchens fremder Sachen die Ersparnis von Aufwendungen, die bei rechtmäßigem Vorgehen zu erbringen gewesen wären, als das primär Erlangte. Eine Ersparnis kann jedoch nur Folge und Wirkung eines vermögensmäßig relevanten Verhaltens sein, kann nur "der Reflex" des primär Erlangten "etwas" auf die gesamte Vermögenslage des Bereicherten¹⁵⁴⁾ sein. D. h. es ist unsinnig, zu behaupten, der Bereicherte habe eine Ausgabenersparnis aus dem Vermögen des Entreicherten erlangt, oder mit anderen Worten, diese Ersparnis könne Gegenstand einer Vermögensverschiebung sein.

Ursprünglich diene der Gedanke der Ausgabenersparnis auch nur dazu, bei Untergang der primär erlangten Sache durch Verwendung dem Schuldner die Berufung auf einen Bereicherungsfortfall nach § 818 III BGB zu verbieten. Die Bereicherung ist jedoch weggefallen, wenn und soweit der Schuldner andere Ausgaben nicht gemacht hätte, so etwa im Fall der Verwendung des Bereicherungsgegenstandes zu Luxusausgaben, die der Schuldner mit eigenen Mitteln nie getätigt hätte. Hier kann von Ersparnis von Aufwendungen nicht oder nur mit Einschränkungen die Rede

152) Vgl. statt aller: RGZ 97, 310 (312); BGHZ 14, 7 (9); BGHZ 20, 345 (354 f.), OLG Braunschweig in OLGE 18, 48 (49); a.A. BGH NJW 71, S. 609 ff.

153) Palandt - Thomas, § 812 Anm. 5 c; Erman - Seiler, § 812 Anm. 2c; RGRK - Scheffler, § 812 Anm. 14, 21; Staudinger - Seufert, § 812, Randnr. 13ff

154) Kleinheyer JZ 61, S. 473 (474); ebenso Haas, S. 97; Batsch, S. 44

sein.¹⁵⁵⁾

Rechtsprechung¹⁵⁶⁾ und der überwiegende Teil des Schrifttums¹⁵⁷⁾ erklären jedoch in den Nutzungsfällen den Einwand des Schuldners, bei Kenntnis der Unzulässigkeit der Nutzung hätte er auf sie verzichtet, oder er hätte einen eigenen Gegenstand bzw. den eines Dritten zu einem billigeren Preis oder unentgeltlich genutzt, für unbeachtlich. Zur Begründung wird von der Rechtsprechung angeführt, daß der Schuldner sich an der Sachlage, die er selbst geschaffen habe, festhalten lassen müsse. Das bedeutet, daß der Schuldner den Preis zu entrichten hat, den er bei "ordnungsgemäßigem" Verhalten zu bezahlen gehabt hätte. Abgesehen davon, daß - wie eben gezeigt wurde - die Ausgabenersparnis nicht das "Erlangte" sein kann, verdient dennoch die Beziehung einer als Bereicherungsgegenstand verstandenen Ausgabenersparnis zu dem Postulat des "ordnungsmäßigen Verhaltens" Beachtung. Fragt es sich doch, ob hier überhaupt noch auf die Bereicherung des Schuldners abgestellt wird, oder ob nicht in Wirklichkeit der Schuldner so zu leisten habe, als ob er Vertragspartner wäre. In Anlehnung an den von B e r g¹⁵⁸⁾ gebrachten Fall möge folgendes Beispiel die angedeutete Problematik erhellen:

155) statt aller: S t a u d i n g e r - S e u f e r t, § 818 Randnr. 30 ff., RGRK-S c h e f f l e r, § 818 Anm. 42 ff., P a l a n d t - T h o m a s, § 818 6 a

156) RGZ 97, 310 (311, 312); RGJW 1932, 1044, Nr. 7; LG Köln, MDR 59, 211; BayObLG NJW 65, 973 (974); BGHZ 20, 345 (355); a.A. neuerdings BGH in NJW 71, 609 ff. vgl. oben S. 2 ff.

157) P a l a n d t - T h o m a s, § 812 BGB Anm. 5c; E r m a n - S e i l e r, § 812 BGB Anm. 2c; EGRK-S c h e f f l e r, § 812 BGB Anm. 14, 21; S t a u d i n g e r - S e u f e r t § 812 BGB, Randnr. 7 f.

158) JuS 1962, 73

A läßt an die Wand eines ihm gehörigen Hauses nachts Lichtreklame projizieren. Versehentlich und ohne Kenntnis des A wird ein paar Nächte lang die Reklame unbefugt auf das direkt angrenzende Haus des B projiziert, wobei sich der wirtschaftliche Wert der Werbung nicht verändert. Hat B gegen A einen Bereicherungsanspruch?

Folgte man der Rechtsprechung und dem Großteil der Literatur, wäre B um die Ersparnis der Ausgaben bereichert, die er bei "ordnungsmäßigem Verhalten" zu tragen gehabt hätte. Wenn man aber schon diesen Begriff heranzieht, muß zunächst gefragt werden, wie das Verhalten des Schuldners qualifiziert sein muß, daß man es als "ordnungsmäßig" bezeichnen kann. Der Standpunkt der Rechtsprechung kommt besonders deutlich in folgender Formulierung zum Ausdruck: "Bereichert ist die Beklagte insofern, als sie bei ordnungsmäßigem Vorgehen dem Kläger für die unerlaubte Mehrbenutzung eine angemessene Entschädigung hätte zahlen müssen, diese also erspart und damit zugleich dem Kläger entzogen hat."¹⁵⁹⁾ Danach wäre es also "ordnungsmäßig", fremde Rechtspositionen unbefugt zu beeinträchtigen, wenn man nur eine Entschädigung dafür leistet. Unzweifelhaft besteht jedoch ein der Ordnung entsprechendes Verhalten darin, sich die Erlaubnis des Rechtsinhabers zu verschaffen, den fremden Gegenstand zu nutzen. Dann aber stellt sich doch die Frage, ob der in Unkenntnis der Rechtsgrundlosigkeit handelnde A sich bei Kenntnis überhaupt um eine Nutzungserlaubnis bei B bemüht hätte, ob er dann nicht vielmehr seine eigene Hauswand für die

159) RGZ 97, 310 (312)

Lichtreklame benutzt hätte. Für die Rechtsprechung stellt sie sich allerdings nicht, da sich der angeblich Bereicherte "an der Sachlage, die er selbst geschaffen hat, festhalten lassen muß."¹⁶⁰⁾ Hier werden offensichtlich vertragsrechtliche Gesichtspunkte herangezogen, die dem Bereicherungsrecht fremd sind, statt dessen vielmehr in Richtung "faktischer Vertrag" gehen. Der Schuldner wird hinsichtlich der Nutzungsvergütung so behandelt, als habe er einen Vertrag mit verkehrsüblicher Preisvereinbarung geschlossen. Daß sich der Bereicherte in den Fällen widersprüchlichen Verhaltens, d. h., wenn er bewußt fremdes Recht beeinträchtigt und ein Zahlungsbegehren des Entreicherten mit dem Hinweis auf andere, billigere ihm zur Verfügung gestandene Nutzungsmöglichkeiten abwehren will, "an der von ihm geschaffenen Sachlage" festhalten lassen muß, spielt für die Ermittlung des zu ersetzenden Wertes nach § 818 BGB eine entscheidende Rolle. Von vertragsähnlichen Gedanken kann aber auch in solchen Fällen bei der Wertermittlung nicht die Rede sein, vielmehr handelt es sich dann ausschließlich um das Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB¹⁶¹⁾. Deutlich hat v. Lübtow zum Ausdruck gebracht, daß eine als Bereicherung^{gegen}zustand verstandene Ausgabenersparnis, deren Höhe auf vertragsrechtlichen Elementen beruht, mit dem geltenden Recht nichts gemeinsam habe: "Wenn man allerdings den Einwand des Kondiktions-schuldners, er würde sich ohne Gebrauch der

160) BGHZ 20, 345 (355); RGZ 97, 310, (311 f.)

161) vgl. unten, S. 83 ff.

Sache oder ohne die Dienstleistung anderweit beholfen haben, für unbeachtlich erklärt, so läßt sich dieser Standpunkt de lege lata nicht halten. Denn dann liegt eine Bereicherung nicht vor."¹⁶²⁾

- V. Zusammenfassung: Das nach § 812 I 1 BGB "Erlangte" wird durch das Erfordernis einer Vermögensverschiebung im Sinne der Identität von Bereicherung und Entreichung bestimmt. Dabei ist von einem juristischen Vermögensbegriff auszugehen, dessen Kriterium in der Rechtszuständigkeit liegt. Auf dieser Grundlage verbietet es sich von selbst, Entreichung und Schaden mit zwingender Notwendigkeit gleichzusetzen. Mit dem Erfordernis einer Vermögensverschiebung ist es unvereinbar, das "Erlangte" im Sinn des § 812 I 1 BGB als Gewinn oder Ausgabenersparnis zu verstehen.

162) A.a.O., S. 34; ebenso B a t s c h, S. 55 f. 115; J a k o b s, S. 38 ff.

2. KAPITEL

Art und Umfang des Wertersatzes nach § 818 II BGB

A. Der Wertbegriff in § 818 II BGB

An die Stelle der Herausgabe des "Erlangten" im Sinne des § 812 I 1 BGB tritt bei Unmöglichkeit oder Unvermögen der Ersatz des Wertes nach § 818 II BGB. Fraglich ist, welcher Wert dieser Verpflichtung des Bereicherten zugrunde zu legen ist. In Betracht kommt der objektive Sachwert des Erlangten oder der an die Stelle des Erlangten getretene Wert, sowie der durch die Vermögensverschiebung bewirkte Wertzuwachs im Gesamtvermögen des Schuldners.

Die gesetzliche Formulierung in § 818 II BGB, wonach der Bereicherte schlechthin "den Wert zu ersetzen" hat, könnte zunächst den Eindruck erwecken, als ob ausschließlich der objektiv abstrakte Wert dem Entreicherten zurückgewährt werden müsse. Für diese Auffassung spricht die dieser Vorschrift zugrunde liegende Vermutung, "daß regelmäßig der Wert des Geleisteten in das Vermögen des Empfängers übergegangen ist und zur Zeit der Rechtshängigkeit sich noch voll in seinem Vermögen befindet."¹⁶³⁾ Andererseits teilt der Wert nicht notwendig das Schicksal des Erlangten, vielmehr kann er im Vermögen des Bereicherten zurückbleiben, auch wenn der Bereicherungsgegenstand etwa durch Verbrauch untergegangen oder sonst aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden ist. Dann aber handelt es sich nicht um einen generellen Gegenstandswert, sondern um einen "in concreto auf die gesamte Vermögenslage des Empfängers"¹⁶⁴⁾ bezogenen,

163) Protokolle, Bd. II, S. 706

164) Motive, Bd. II, S. 837

individuellen Wert. Für diese Auslegung spricht auch die Absicht der Verfasser des BGB, dem Empfänger den Einwand nicht abzuschneiden, "daß eine wirkliche Bereicherung nicht eingetreten ist"¹⁶⁵⁾. Die herrschende Ansicht in der Literatur sowie die Rechtsprechung bestimmen den nach § 818 II BGB zu ersetzenden Wert jedoch geradezu mit Selbstverständlichkeit objektiv abstrakt.^{165a)}

Gerade die Fälle rechtsgrundloser Nutzung zeigen, daß die herrschende Verkehrswerttheorie nicht immer zu befriedigenden Lösungen führt. Hier hat der Bereicherte einem dem Rechtsinhaber gebührenden Nutzungsvorteil erlangt, der nicht herausgabefähig ist. Ließe man den Bereicherungsschuldner nun ausnahmslos in Höhe des objektiven Wertes haften, entzöge man ihm den Einwand, bei Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit hätte er sich anderweitig günstiger beholfen. Billigere Beschaffungsmöglichkeiten nicht zu berücksichtigen, hieße jedoch, eine Bereicherung in Höhe des objektiven Verkehrswertes zu fingieren, was mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren ist.¹⁶⁶⁾ Derartige Einwendungen des Bereicherten haben aber keine Bedeutung hinsichtlich der Entstehung des Bereicherungstatbestandes, wie Rechtsprechung und Literatur annehmen¹⁶⁷⁾; sie beeinflussen vielmehr ausschließlich den Umfang der Bereicherung.¹⁶⁸⁾ Im Rahmen des § 818 II BGB, bei der Frage nach der Höhe des zu leistenden Wertersatzes, ist also zu untersuchen, ob über-

165) Vgl. ~~oben, S. 4~~ Protokolle, Bd. II, S. 707

165a) Vgl. oben S. 1

166) Vgl. oben S. 52 ff.

167) Vgl. oben S. 51

168) Zutreffend Batsch, S. 114

haupt, und wenn ja, unter welchen Umständen preisgünstigere Beschaffungsmöglichkeiten und damit geringere Ausgabenersparnis des Bereicherten zu berücksichtigen sind. Diese Prüfung mündet in die allgemeine Frage, ob Inhalt und Umfang des Wertersatzanspruches auf die Person des Bereicherten bezogen werden können, oder ob ausschließlich der Wert zu ersetzen ist, den das nach § 812 I 1 BGB primär "Erlangte" für einen beliebigen Dritten, also objektiv abstrakt hat.

Für die Fälle einer Bereicherung in sonstiger Weise durch Nutzung fremder Sachen und Rechte hat K l e i n h e y e r früher die Ansicht vertreten, daß gemäß § 818 II BGB nicht uneingeschränkt der Verkehrswert zu ersetzen sei.¹⁶⁹⁾ Der Bereicherungsschuldner habe vielmehr grundsätzlich Wertersatz in Höhe des bei "vertraglicher Inanspruchnahme des Vorteils" zu zahlenden Entgelts zu leisten. Jedoch könne sich der Schuldner im Rahmen des § 818 II BGB auf billigere Beschaffungsmöglichkeiten berufen. Dies sei ihm nur dann verwehrt, wenn er in Kenntnis des Preises, den er bei vertragsmäßiger Nutzung zu zahlen gehabt hätte, sich den Gebrauchsvorteil verschafft, einem entsprechenden Zahlungsbegehren des Entreicherten jedoch mit dem Hinweis begegnen möchte, er sei in dieser Höhe nicht bereichert, da er anderweitig den gleichen Vorteil billiger hätte erwerben können. Nur im Falle widersprüchlichen Verhaltens, entsprechend dem Verbot des "venire contra factum proprium", könne der Bereicherte mit dem Einwand einer günstigeren Erwerbsmöglichkeit und der Konsequenz eines entsprechend geringeren Wertersatzes nicht

169) Vgl. oben, S. 8

gehört werden.

In den Fällen aufgedrängter Bereicherung versucht K l a u s e r¹⁷⁰⁾, die Interessen des Bereicherten durch eine auf diesen bezogene Subjektivierung des Wertersatzes zu berücksichtigen. Er begründet seine Ansicht damit, daß nach herrschender Auffassung für die Bestimmung des Bereicherungsumfanges nach § 818 III BGB die persönlichen Verhältnisse des Bereicherten heranzuziehen seien. Ebenso müsse hinsichtlich des Wertersatzes nach § 818 II BGB auf die Person des Bereicherungsschuldners abgestellt werden.

Auch § 996 BGB berücksichtige die besondere Interessenlage des Verwendungsempfängers. Da es sich seiner Auffassung nach bei den §§ 994 - 1003 BGB im Grunde um bereicherungsrechtliche Sondervorschriften handle, orientiere sich dementsprechend auch der Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB an den individuellen Verhältnissen des Bereicherungsempfängers.

In der Rechtsprechung¹⁷¹⁾ glaubt er eine Tendenz zu erkennen, die in bestimmten Fällen zu einer subjektiv am Vermögen des Bereicherten bestimmten Wertermittlung führt, und sieht sich auch deshalb in seiner Meinung bestätigt.¹⁷²⁾

Zur Lösung von Fällen aufgedrängter Bereicherung hat die Ansicht K l a u s e r ' s von einer an der besonderen Interessenslage des Bereicherten orientierten Wertermittlung in der Literatur teilweise Zustimmung gefunden.¹⁷³⁾

170) Vgl. oben, S. 8 FN 14

171) BGH LM Nr. 17 zu § 951 BGB; BGHZ 10, 171 (180)

172) A.a.O.

173) Vgl. oben, S. 8 FN 14

I. Wesen und Zweck der Bereicherungsansprüche
nach den §§ 812, 818 II BGB

Abgesehen von seiner Subsidiarität ist der Wertersatzanspruch dem Herausgabeanspruch nach § 812 I 1 BGB durchaus gleichzusetzen, da das geltende Bereicherungsrecht nicht nur die Rückgabe bestimmter Vermögensgegenstände, sondern allgemein den Ausgleich einer rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung bezweckt.¹⁷⁴⁾ Da also § 812 I 1 BGB den gleichen Zweck erfüllt wie § 818 II BGB, ist vor einer Erörterung des kondiktionsrechtlichen Wertbegriffs entsprechend der modernen Methodenlehre¹⁷⁵⁾ allgemein die Frage nach dem Wesen des Bereicherungsanspruches zu beantworten.

Das vordergründige, allen Kondiktionstypen gemeinsame Kriterium besteht in deren Ausgleichsfunktion.¹⁷⁶⁾ Da jedoch auch andere gesetzliche Regelungen, wie etwa die des außervertraglichen Schadensausgleichs nach §§ 823 ff., dem Ausgleich von Vermögensveränderungen dienen, gilt es, spezifische Besonderheiten des Bereicherungsanspruches, die ihn von anderen Ausgleichsregelungen unterscheiden, herauszustellen.

Diese anderen Ausgleichsnormen verschaffen in der Regel dem Berechtigten deshalb einen Anspruch, weil die bei ihm eingetretene Beeinträchtigung in den Zurechnungsbereich des Verpflichteten fällt. D. h., der Anspruch entsteht, wenn und

174) Vgl. Flume, FS Niddermeyer unter Hervorhebung des Unterschieds zum römischen Recht, S. 153, S. 175, ders. in NJW 70, 1161 ff., Esser, SchR Bd. II, S. 330

175) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 320 ff.

176) Vgl. oben

soweit sich diese Beeinträchtigung an besondere Zurechnungsfaktoren subjektiver - wie etwa bei der Verschuldenshaftung - oder objektiver - wie bei der Gefährdungshaftung - Natur knüpft.¹⁷⁷⁾ Die Zurechenbarkeit ergibt sich aus der Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten oder den eigenen Gefahrenbereich.

Die kondiktionsrechtlichen Ausgleichsregelungen dienen dagegen unabhängig von Zurechnungsfaktoren, die aus einem Verantwortungsbereich heraus entstehen, ausschließlich der Korrektur von Güterbewegungen oder ungerechtfertigten Vermögensmehrungen. Irgend eine Art menschlichen Verhaltens ist deshalb für eine Vermögensverschiebung nicht erforderlich. Ein derartiges Verständnis der Bereicherungsansprüche führt zu der Erkenntnis, daß sie nicht einen Schaden beim Entreicherten ausgleichen sollen, d. h. allgemein, daß sie die Interessenlage des Entreicherten unberücksichtigt lassen. Statt des beim Anspruchsberechtigten eingetretenen Verlustes und dessen haftungsmäßiger Zuordnung ist beim Bereicherungsanspruch auf das rechtsgrundlos "Erlangte" und damit den Anspruchsverpflichteten abzustellen.

II. Die Auslegung des § 818 II BGB

1. Der allgemeine Sprachgebrauch des Begriffes "Wert"

Die Frage, ob sich der Wertbegriff in § 818 II

177) Vgl. E s s e r, SchR. Bd. 2, S. 330

BGB nach objektiven oder subjektiven Gesichtspunkten bestimmt, ist im Wege ^{der} ~~erforderlicher~~ Auslegung zu beantworten. Nach der Methodenlehre ist zunächst vom allgemeinen Sprachgebrauch des Wortes "Wert" auszugehen. Zwar wird heute nicht mehr bestritten, daß derartige natürliche Begriffe durch ihre Eingliederung in die Rechtsordnung formal zu Rechtsbegriffen werden.¹⁷⁸⁾ Diese Tatsache gewinnt jedoch erst dann eine entscheidende Bedeutung, wenn sich ein eindeutiger natürlicher Inhalt nicht ermitteln läßt. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Erforschung des ~~a l l g e m e i n e n~~ Sprachgebrauchs nicht unter dem Zwang fachwissenschaftlicher Erkenntnistheorien stehen darf.¹⁷⁹⁾ Wertphilosophische Gesichtspunkte, wie etwa die Frage nach apriorischen oder idealen Werten, können daher ebenso wie nationalökonomische Wertvorstellungen, soweit sie vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichen¹⁸⁰⁾, den natürlichen Rechtsbegriff "Wert" nicht entscheidend prägen.

Für den gemeinen Sprachgebrauch weist bereits die frühe ökonomische Wertlehre¹⁸¹⁾ zwei Wert-

178) E n g i s c h, Die Relativität der Rechtsbegriffe, in Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958, S. 39 (68 ff.), H e c k, Begriffsbildung, S. 52 ff., R a d b r u c h, Rechtsphilosophie, S. 219 f.

179) Vgl. E n g i s c h, Weltbild, S. 19

180) Vgl. hierzu die Vertreter der sogenannten formalen Wertlehre: D a v i d s o n, M c K i n s e y, S u p p e s, Philosophy of Science (1955), S. 142, die die "inadequate and inflexible resources of ordinary language" zugunsten einer mathematischen Theorie des Entscheidungsverhaltens aufgeben.

181) Vgl. von W i e s e r, Über den Ursprung und die Hauptgesetze des wirtschaftlichen Wertes, Wien 1884, insbesondere der 2. Abschnitt des I. Teils. N e u m a n n, In Tübinger Zeitschrift Bd. 28, S. 257 ff.

begriffe nach: den persönlichen oder subjektiven und den unpersönlichen oder objektiven, je nachdem, was eine Sache für eine bestimmte Person oder was sie sozusagen an und für sich wert ist. Vergleichsweise sei hier kurz der Standpunkt der modernen wirtschaftlichen Wertlehre angedeutet: Die Realwertlehre der klassischen Nationalökonomie, die den Wert als ein den Gütern selbst anhaftendes Phänomen betrachtete, gilt heute allgemein als überholt. Die herrschende moderne Nutzwertlehre (Wiener Schule, Lausanner Schule, anglo-amerikanische Lehre) setzt den Wert eines Gegenstandes in Abhängigkeit zu seinem subjektiv bezogenen Nutzen.¹⁸²⁾

Aus dem Sprachgebrauch läßt sich also ein eindeutiger Inhalt des Begriffes "Wert" für die Auslegung des § 818 II nicht herleiten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes allein kann der konditionsrechtliche Wert folglich objektiv bemessen ~~werden~~ oder subjektiv auf den Bereicherten oder den Entreicherten bezogen werden.

2. Wesen und Zweck des Wertersatzanspruches

Zur Präzisierung des Wertbegriffs^{sind} nach der Methodenlehre¹⁸³⁾ Wesen und Zweck des Anspruchs nach § 818 II BGB als Auslegungskriterien festzustellen. Hier kann auf die bereits dargestellten¹⁸⁴⁾ allgemeinen Grund-

182) Vgl. Wilhelm Weber in HDSW 11, S. 642 ff.

183) L a r e n z, Methodenlehre, S. 320 ff.

184) Vgl. oben, S. 60 f.

lagen des Bereicherungsrechts verwiesen werden, wonach nicht auf die Risikotragung im Rahmen eigener Verantwortungsbereiche, sondern ausschließlich auf den Ausgleich eines durch rechtsgrundlose Vermögensverschiebung erlangten Vorteils abzustellen ist. Dementsprechend muß bei der Feststellung der Bereicherung auf die Person des Anspruchsverpflichteten Bezug genommen werden.¹⁸⁵⁾

3. § 818 III als Auslegungskriterium

Ebenfalls für diese Auslegung spricht die Regelung des § 818 III BGB, der sowohl für den Herausgabeanspruch nach § 812 I 1 BGB als auch für den Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB¹⁸⁶⁾ gilt. Danach kann der Schuldner nur in Höhe der bei ihm noch vorhandenen Bereicherung in Anspruch genommen werden. § 818 III BGB schützt also den Bereicherungsempfänger und bürdet dem Gläubiger das Risiko einer nach Bereicherungseintritt erfolgenden Vermögensminderung des Schuldners auf.

Will man aber den Bereicherungsanspruch am Vermögen des Bereicherten orientieren und zur Begründung dieser Ansicht § 818 III BGB heranziehen, muß man sich mit der Meinung auseinandersetzen, nach der die Beschränkung der Bereicherungshaftung nur eine ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen Bereicherten bzw. vor Rechtshängigkeit sei.¹⁸⁷⁾ Nach Dies -

185) Vgl. oben, S. 71

186) Statt aller: P a l a n d t - T h o m a s, 818, Anm. 6

187) So D i e s s e l h o r s t, Die Natur der Sache, 1968, S. 57; v. C a e m m e r e r FS R a b e l, S. 368; L a r e n z, SchR Bd. II, S. 393 in Anlehnung an v. C a e m m e r e r

s e l h o r s t w a r e n W i n d s c h e i d
und die Verfasser des BGB "der Auffassung, die
Kondiktion richte sich primär auf die Rücker-
stattung des Empfangenen, und statuierten nur
billigkeitshalber eine Einschränkung der Rück-
erstattungspflicht."¹⁸⁸⁾ Diese Konsequenz zieht
er aus der Ansicht W i n d s c h e i d ' s ,
die Leistungskondiktion sei eine Forderung der
Billigkeit¹⁸⁹⁾, woraus die 2. Kommission ge-
folgt hat, "die Billigkeit erfordere und ge-
statte aber nur ihm (d. h. dem Leistenden, d.
Verf.) insoweit einen Anspruch einzuräumen, als
der gutgläubige Empfänger dadurch nicht geschä-
digt werde; ... Der Empfänger solle danach, ...,
frei werden, wenn er das Erlangte in solcher
Art verloren habe, d a ß d e r W e r t
s e i n e m V e r m ö g e n n i c h t z u -
g u t e g e k o m m e n s e i ... Man werde
... allgemein an dem Grundsatz des Entw. fest-
halten müssen, daß ein Rückforderungsanspruch
nur zugestanden werden könne, wenn der Empfän-
ger n a c h s e i n e r g a n z e n
V e r m ö g e n s l a g e i m A u g e n b l i c k d e r
Klage noch bereichert sei."¹⁹⁰⁾ Zu Recht hat
F l u m e ¹⁹¹⁾ die Auffassung D i e s s e l -
h o r s t ' s zurückgewiesen. Denn W i n d -
s c h e i d und die Mehrheit der 2. Kommission
entschieden sich nicht gerade und ausschließlich
hinsichtlich der Haftungsbeschränkung nach § 818
III BGB aus Gründen der Billigkeit, sondern be-
trachteten den Bereicherungsanspruch allgemein
als eine Forderung der Billigkeit. Für die

188) A.a.O.

189) W i n d s c h e i d, Bd. II, Pandektenrecht,
5. Aufl. S. 602 FN 3.

190) Protokolle, Bd. II, S. 706 f. (Sperrg. v.
Verf.)

191) NJW 70, 1163

Leistungskondiktion erschien ihnen die Haftungsbeschränkung des Empfängers als notwendige Konsequenz, da die Leistung auf dem Willen des Entreicherten beruhe "und dieser sich daher nicht beschweren könne, wenn ihm der Rückforderungsanspruch nur mit denjenigen Beschränkungen gewährt werde, welche die Billigkeit erheische."¹⁹²⁾

Da bei der Bereicherung "in sonstiger Weise" die Vermögensverschiebung nicht auf dem Willen des Entreicherten, sondern auf gesetzlicher Vorschrift beruhe, knüpfe der Billigkeitsgedanke hier naturgemäß an einen anderen Tatbestand an. Für diese Fälle kommt die 2. Kommission zu dem Ergebnis, daß die gesetzliche Vorschrift, die die Vermögensmehrung begründet und auf welche sich der Empfänger verlasse, es rechtfertige, ihn "nicht über die Bereicherung hinaus haften zu lassen".¹⁹³⁾ Aus den Erwägungen der 2. Kommission, die zur Annahme des dem jetzigen § 818 III BGB entsprechenden Antrags führten, geht eindeutig hervor, daß die Haftungsbeschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung notwendige Ausgestaltung des dem Bereicherungsrecht zugrundeliegenden Billigkeitsgedanken ist, die entsprechend den beiden großen Kondiktionsgruppen mit verschiedener Begründung gleiche Wirkung entfalten soll. D. h. aber doch nichts anderes, als daß das Wesen des

192) Protokolle, Bd. II, S. 707

193) Protokolle, Bd. II, S. 707. Diese Auffassung der Kommission ist zwar insofern unrichtig, als die Bereicherung "in sonstiger Weise" überwiegend nicht auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Die Kommission war sich dessen jedoch offensichtlich bewußt (Protokolle, a.a.O.), da nach ihrer Ansicht auch in Fällen, "in welchen es zweifelhaft erscheinen könne, ob die Billigkeit diese Beschränkung fordere, im Großen und Ganzen ... sich der hervorgehobene Gesichtspunkt als zutreffend erweisen" werde.

Bereicherungsanspruchs als Forderung der Billigkeit notwendig eine Beschränkung dieses Anspruchs auf die noch vorhandene Bereicherung enthält. Wenn aber die Haftungsbeschränkung nach § 818 III BGB zum Wesen des Bereicherungsanspruchs gehört, stellt sie sich als die allgemeine Regelung dar, der die ausnahmsweise Schlechterstellung des Bereicherten nach § 818 IV, 819, 820 BGB gegenübersteht.¹⁹⁴⁾

Trägt also der Entreicherte grundsätzlich die Gefahr einer Vermögensminderung beim Bereicherten, dann erweist sich unter Berücksichtigung der Umwandlung des Herausgabeanspruchs bei Unmöglichkeit bzw. Unvermögen in einen Wertersatzanspruch die Theorie *F l u m e* !^{194a)} von der Bezogenheit des Bereicherungsanspruchs auf das Vermögen des Bereicherten als richtig. Der Wertersatzanspruch ist somit nicht auf die Person des Anspruchsberechtigten, sondern auf die des Anspruchsverpflichteten bezogen.

Daß § 818 III BGB ein Argument für eine auf die Verhältnisse des Bereicherten zugeschnittene Wertermittlung nach § 818 II BGB enthält, geht auch aus der eingangs¹⁹⁵⁾ erörterten Entscheidung des BGH im Flugreise-Fall hervor. Hier vertritt der BGH die Ansicht, daß die gleichen Umstände, die eine Bereicherung nach § 818 III BGB fortfallen lassen, deren Entstehung nach § 812 I 1 BGB von vorneherein verhindern können. Wie aber nach § 818 III die Bereicherung auch

194) *F l u m e*, a.a.O.

194a) FS *N i e d e r m e y e r*, S. 175

195) Vgl. oben, S. 2 ff.

zum Teil wegfallen kann, so kann sich dementsprechend auch der U m f a n g des "Erlangten" nur v e r m i n d e r n.¹⁹⁶⁾ Allgemein läßt sich also feststellen, daß die vom BGH auf § 818 III BGB gestützte Bestimmung des "Erlangten" im Sinn des § 812 I 1 BGB nach den jeweiligen Verhältnissen des Bereicherten unter den Voraussetzungen des § 818 II BGE zu einer am Empfänger orientierten, individuellen Wertfeststellung führt.¹⁹⁷⁾

4. Die Surrogationsnatur des § 818 II BGB als Auslegungskriterium

Die Bedeutung des § 818 II BGE als Surrogationsanspruch zu § 812 I 1 BGE, wonach an Stelle der Herausgabe des "Erlangten" der Ersatz des Wertes tritt, legt eine derartige Auslegung ebenfalls nahe. Unter Berücksichtigung des wessensbedingten Unterschieds beider Ansprüche sollte daher der Wert in gleicher Weise wie das "Erlangte" nach § 818 I 1 BGB bestimmt werden. Die Feststellung des "Erlangten" erfolgt aber nach den konkreten Verhältnissen des Bereicherten, da das herauszugeben ist, was der Bereicherte gerade in diesem Bereicherungsfall erlangt hat.¹⁹⁸⁾

Wenn aber nach dem Tatbestand des § 812 I 1 BGE

196) Vgl. oben, S. 5

197) Vgl. oben, S. 4 f.

198) Allgemeine Meinung; statt aller: RGZ 167, 199 (203); E r m a n - S e i l e r, § 818 Anm. 2; E s s e r, SchR. Bd. II, S. 342; v. C a e m m e r e r, FS R a b e l, S. 350

das "Erlangte" darin besteht, was der Bereicherte erhalten hat, nicht was ein Dritter unter diesen Umständen erlangt hätte, heißt das lediglich, daß auf die k o n k r e t e n Verhältnisse des Bereicherten abzustellen ist und eine a b s t r a k t e Bestimmung des "Erlangten" ausgeschlossen ist. Die Determinierung des "Erlangten" selbst muß nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen. Ließe man nämlich die Bestimmung des nach § 812 I 1 BGB Erlangten von der subjektiven Wertung des Bereicherten abhängen, wäre der Willkür im Bereicherungsrecht Tür und Tor geöffnet.

§ 818 III BGB verdeutlicht ebenfalls die Bezogenheit des Heraus^{gabe}anspruchs auf das Vermögen des Bereicherten, da sich dieser Anspruch entsprechend den konkret beim Bereicherten eingetretenen nachteiligen Umständen vermindert.¹⁹⁹⁾ Da der Primäranspruch nach § 812 I 1 BGB auf die Person des Bereicherten bezogen ist, sollte auch der Surrogationsanspruch nach § 818 II BGB - und damit der Wert des Erlangten - an den persönlichen Verhältnissen des Bereicherungsschuldners orientiert werden, da dieser Ersatz lediglich subsidiär an die Stelle der Herausgabe des Erlangten tritt. Die Gleichartigkeit der Ansprüche aus § 812 I 1 BGB und § 818 II BGB wird durch das nur für den Wertersatz entscheidende, durch die personale Bezogenheit des Wertbegriffs bedingte Kriterium der "Verwertbarkeit" des Erlangten nicht beeinträchtigt. Dieser Maßstab darf einzig als Folge des Wechsels von Naturalrestitution zu Wertersatz betrachtet werden. Bei dem Anspruch auf Heraus-

199) Vgl. F l u m e, a.a.O., S. 175;
S t ü c k, a.a.O., S. 35; S t i e v e, a.
a.O., S. 29, O r d e m a n n, a.a.O., S.
66

gabe des "Erlangten" nach § 812 I 1 BGB ist lediglich der erlangte Bereicherungsgegenstand konkret nach den Verhältnissen des Bereicherten zu bestimmen. Die Verwertbarkeit des "Erlangten" ist für diesen Anspruch bedeutungslos, da § 812 I 1 BGB ausschließlich gegenständliche Herausgabe anordnet. Wie bereits festgestellt wurde²⁰⁰⁾, ist eine Bestimmung des "Erlangten" nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten fehl am Platze.

Mit dem Ersatz des Wertes an Stelle der Herausgabe des Erlangten tritt demzufolge entsprechend der Subjektivität des Begriffes "Wert" das Kriterium der Verwertbarkeit als subjektiver Parameter an die Stelle der Bestimmung des "Erlangten". Die Frage nach der Verwertbarkeit berücksichtigt also lediglich den durch die Surrogationsnatur des Wertersatzanspruchs bedingten Unterschied zwischen diesem und dem Herausgabeanspruch. Die Gleichartigkeit des Wesens und Zwecks beider Ansprüche wird durch die nach § 818 II BGB notwendige Abwägung des Interesses des Bereicherungsschuldners an der erlangten Bereicherung nicht berührt.

Demnach ist die Feststellung berechtigt, daß die Bedeutung des § 818 II BGB als Surrogationsanspruch, wonach die Herausgabe des Erlangten durch dessen Wert zu ersetzen ist, eine einander entsprechende Bestimmung des Inhalts beider Ansprüche rechtfertigt und aus diesem Grund eine an den konkreten Verhältnissen des Bereicherten orientierte Wertfeststellung fordert.

200) Vgl. oben, S. 48 f.

5. Abgrenzung zum Affektionswert

Die auf den Bereicherten bezogene, subjektive Wertfeststellung muß jedoch klar von der Affektionswertung abgegrenzt werden. Hier ist der von F i s c h e r²⁰¹⁾ für das Schadenersatzrecht vorgeschlagenen Definition zu folgen, wonach der subjektive Vermögenswert im Gegensatz zum Affektionswert nicht auf einer subjektiven, sondern auf einer objektiv individuellen Bewertung beruht. Wenn es sich auch um den Wert handelt, den ein Vermögensgegenstand für die Daseinsgestaltung eines Subjekts hat, kann die Rechtsordnung diesem Subjekt doch nicht die Bewertung und damit die Bestimmung der Höhe des Anspruchs überlassen. Deshalb muß die Affektion des Bereicherten unberücksichtigt bleiben. Der M a ß - s t a b der Wertbestimmung kann nur objektiver Natur sein.

B Der Umfang des Wertersatzes

- I. Die Ausgabenersparnis als Kriterium der Wertfeststellung nach § 818
- II BGB

Ein wesentliches Kriterium bei der Bemessung des Wertes nach § 818 II ist die "Ausgabenersparnis" des Bereicherten. Entgegen der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur spielt diese jedoch für die Entstehung des Bereicherungsstatbestandes keine, wie oben gezeigt wurde²⁰²⁾, als Parameter des subjektbezogenen Wertes jedoch eine entscheidende Rolle.²⁰³⁾ Diese Erkenntnis ist eine notwendige Konsequenz

201) H.A. F i s c h e r, FS Z i t t e l - m a n n, S. 13 FN 19

202) S. 51

203) Vgl. oben, S. 54

aus der oben²⁰⁴⁾ vorgetragenen Überlegung, daß Gründe, die den Fortfall der Bereicherung verursachen können, folgerichtig auch geeignet erscheinen, den Eintritt einer Bereicherung zu verhindern. Wenn sich also z. B. der Verbrauch rechtsgrundlos erlangten Geldes zu einer Flugreise als Luxus darstellt und zum Fortfall der Bereicherung nach § 818 III BGB führt, dann vermag eine wertmäßige Bereicherung denknotwendig erst gar nicht zu entstehen, wenn nicht Geld oder ein Ticket, sondern - etwa durch Beförderungerschleichung - der in der Flugreise liegende Nutzungsvorteil unmittelbar und primär i.S.d. § 812 I 1 BGB erlangt wird. Naturgemäß kann die Frage nach der Aufwendungsersparnis nicht objektiv abstrakt, wie B a t s c h²⁰⁵⁾ annimmt, sondern wie bei § 818 II BGB nur unter einem auf die Verhältnisse des Bereicherten bezogenen Blickwinkel beantwortet werden.

Die Höhe des Anspruches bemißt sich also danach, ob dem Bereicherten zum Zeitpunkt²⁰⁶⁾ der Vermögensverschiebung das "Erlangte" überhaupt und - wenn ja - in welchem Umfang Ausgaben wert gewesen wäre. Ist das "Erlangte" derart aufwendiger und luxuriöser Natur, daß es die herkömmliche Lebenshaltung und Daseinsgestaltung des Empfängers übersteigt, muß berechtigterweise vermutet werden, daß der Empfänger aus wirtschaftlichen Gründen für das "Erlangte" nichts aufgewandt hätte oder hätte aufwenden können und deshalb Ausgaben nicht erspart hat. Von einer Bereicherung kann hier keine Rede

204) S. 2 f.

205) A.a.O., S. 114

206) Zum Zeitpunkt der Wertermittlung, vgl. unten S. 89 ff.

sein, so daß ein Wertersatzanspruch nicht entsteht. Etwas anderes gilt selbstverständlich dann, wenn das primär "Erlangte" der Lebensführung des Empfängers durchaus entspricht. Dem Entreicherten steht in diesem Fall ein Wertersatzanspruch zu. Dessen Höhe bemißt sich jedoch weiterhin nach objektiv individuellen, auf den Bereicherten bezogenen Kriterien.

Ob eine zum Ersatz nach § 818 II verpflichtende Ausgabenersparnis vorliegt, hängt gerade bei aufgedrängter Bereicherung²⁰⁷⁾ davon ab, ob das "Erlangte" dem Willen des Empfängers entspricht. Wenn gegenständliche Herausgabe nach § 812 BGB möglich ist, bietet die aufgedrängte Bereicherung keine Probleme, da die Rückgewähr des "Erlangten" durchaus "zumutbar"²⁰⁸⁾ ist. Im Fall der Herausgabeunmöglichkeit muß ein Wertersatzanspruch jedoch verneint werden, wenn der Empfänger für das aufgezwungene "Erlangte" nichts ausgegeben hätte, da es seinem Willen und seinen Dispositionen widerspricht.^{208a)}

So hat etwa das Vermögen eines Bauern, dessen Acker unter den Voraussetzungen des § 684 BGB von einem Dritten umgepflügt wurde, keinen Wertzuwachs erfahren, wenn dieses Gelände bereits fest für die Errichtung eines Wohnblocks vorgesehen ist.²⁰⁹⁾

207) Vgl. oben S. 8 FN 15

208) M. W o l f, JZ 66, S. 427

208a) Ebenso die oben, S. 8 FN 14, Genannten

209) Vgl. E s s e r, SchR. Bd. II, S. 367

Wie im Schadensersatzrecht²¹⁰⁾ können nur vermögenserhebliche Absichten des Empfängers bei der Wertfeststellung nach § 818 II BGB beachtet werden.

Auch muß der individuelle Wille objektiv beurteilt werden. Eine sich an Affektionswerten orientierende Absicht ist nicht zu berücksichtigen.²¹¹⁾ Das Subjekt ist zwar der Bezugspunkt für die Wertfeststellung, jedoch nicht selbst wertende Instanz.

Von entscheidender Bedeutung für die Höhe der Ausgabenersparnis sind billigere Beschaffungsmöglichkeiten. Gerade in den Fällen eingriffsweiser Bereicherung durch Nutzung spielen zur Zeit der Vermögensverschiebung bestehende Erwerbsmöglichkeiten, deren Preis unter dem objektiven Wert des "Erlangten" liegen, bei der Wertermittlung nach § 818 II BGB eine wesentliche Rolle. Das oben²¹²⁾ angeführte Beispiel, in dem A versehentlich²¹³⁾ und ohne rechtlichen Grund auf die Wand eines dem B gehörigen Hauses Lichtreklame projizieren läßt, erhellt das angeschnittene Problem. In dem erwähnten Fall hatte A bisher die Wand eines in seinem Eigentum stehenden Hauses, welches an das des B angrenzte, zu Reklamezwecken genützt. Hier ist

210) Vgl. § 253 BGB; E s s e r, SchR., Bd. I, S. 271

211) Vgl. oben, S. 71; S t ü c k, a.a.O., S. 41; für das Schadensersatzrecht statt aller: P a l a n d t - H e i n r i c h s, Vorbem. 2c vor § 249

212) S. 52 ff.

213) Andernfalls ist die Berufung auf billigere Beschaffungsmöglichkeiten wegen des Verbots des "venire contra factum proprium" unzulässig, vgl. unten S. 83 ff.

der rechtsgrundlos erlangte Gebrauchsvorteil für A ohne jegliches vermögenserhebliche Interesse, da ihm im Falle anderweitigen Gebrauchs insofern keine Ausgaben zur Last gefallen wären, als er sein eigenes Haus mit dem gleichen Erfolg für Reklamezwecke hätte nützen können. Dem B steht ein kondiktionsrechtlicher Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB nicht zu.

Anders verhält es sich, wenn das an das Anwesen des B angrenzende Haus nicht dem A, sondern dessen gutem Bekannten C gehört, der für die Gestattung der Reklame einen unter dem ortsüblichen Vergütungssatz liegenden "Freundschaftspreis" mit A vereinbart hat. Hier besteht der Wert des rechtsgrundlos erworbenen Gebrauchsvorteils für A nur in Höhe der geringen Vergütung, die er an C zu zahlen gehabt hätte, da er Ausgaben lediglich in dieser Höhe erspart hat. B hat demnach einen Anspruch nach § 818 II BGB gegen A, der jedoch nicht auf den Verkehrswert geht, sondern nur in Höhe der mit C vereinbarten Vergütung besteht.

Zu den sonstigen für die Ausgabenersparnis und damit den Wertumfang maßgeblichen konkreten Verhältnissen des Bereicherten gehört auch die **Zweckbestimmung** des Vermögensteils, in dem die Bereicherung eintritt. Der Zweck eines Gegenstandes indiziert als zu den konkret beim Bereicherten vorliegenden Verhältnissen gehörig dessen Verwendungsart und ist damit maßgebliches Kriterium für die Beurteilung einer wertmäßigen Bereicherung. Der Verwendungszweck eines Gegenstandes spielt dann eine große Rolle, wenn rechtsgrundlos sachbezogene Aufwendungen vorgenommen werden. Ein

kondiktionsrechtlicher Wertersatz kommt in diesem Fall grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn es sich um Aufwendungen handelt, die der Zweckbestimmung des Gegenstandes entsprechen. Es handelt sich hierbei um die besonders von K l a u s e r²¹⁴⁾ so bezeichneten "Erhaltungs-", "Verbesserungs-" und "Wiederherstellungsaufwendungen". Läßt dagegen etwa der geisteskranke A seinen völlig demolierten Unfallwagen, der von seinem gesetzlichen Vertreter zur Verschrottung bestimmt ist, dennoch von B waschen und polieren, so ist er nicht zu Wertersatz verpflichtet.

Regelmäßig dienen sogenannte "Umgestaltungs- aufwendungen"²¹⁵⁾ nicht dem vom Bereicherten einer Sache zugewiesenen oder ihr innewohnenden Zweck und begründen entsprechend der Berücksichtigung der konkreten Interessenslage des Bereicherten keine Wertersatzpflicht. Etwas anderes gilt nach dem oben Gesagten, wenn eine derartige Aufwendung vom Bereicherten gewollt war.

In der Berücksichtigung der Zweckbestimmung eines Gegenstandes bei der kondiktionsrechtlichen Wertfeststellung liegt eine gewisse Parallelität zu der vom BGH²¹⁶⁾ für die §§ 994 ff. vertretene Lösung. Der entscheidende Unterschied beider Auffassungen liegt jedoch darin, daß der Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB ein vorteilsbezogener Anspruch ist, so daß

214) NJW 65, S. 513 ff.

215) K l a u s e r, NJW 65, S. 513 ff.

216) BGHZ 10, 171, (177); BGH NJW 54/265; BGHZ 41, 157 (160 ff.); BGH LM Nr. 14 zu § 1004 BGB

seinem Wesen entsprechend die Veranschlagung der Zweckbestimmung bei der Wertberechnung eine Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Anspruchsverpflichteten darstellt. Zwar reduziert der BGH den Verwendungsersatzanspruch auf gleiche Weise, dessen Umfang bemißt sich jedoch dort nicht nach dem konkret "Erlangten", sondern nach dem "Verwendeten" und somit nach den Verhältnissen des Anspruchsberechtigten.

II. Der Wert als vermögenserhebliches Interesse des Bereicherten

Die für die Bewertung des Bereicherungsgegenstandes nach § 818 II BGB bedeutungsvollen "persönlichen Verhältnisse" des Bereicherten, von denen die wesentlichsten eben genannt wurden, lassen sich in ihrer Gesamtheit unter den Begriff "vermögenserhebliches Interesse" subsumieren. Dieses Interesse bestimmt sich entsprechend der gleichnamigen Theorie im Schadensersatzrecht²¹⁷⁾ als Differenz zwischen dem Vermögensstand vor der rechtsgrundlosen Verschiebung und dem, wie er danach bestand.

1. Die analoge Anwendung der schadensersatzrechtlichen Berechnungsmethode

Wegen der Gleichheit in ihren wesentlichen Merkmalen kann die für den Schadenersatz von Literatur und Rechtsprechung entwickelte Berechnungsmethode auf die bereicherungsrechtliche Wertfeststellung entsprechend angewandt werden.²¹⁸⁾

In zwei wesentlichen Merkmalen unterscheidet sich zwar das Schadensersatz- vom Bereicherungs-

217) Vgl. M e r t e n s, a.a.O., S.18 ff., 28 ff.

218) Vgl. v. M a y r, a.a.O., S. 625;
S t ü c k, a.a.O., S. 41, 58; J a k o b s
a.a.O., S. 139

recht. Zum einen handelt es sich beim Schadensersatz um den Ausgleich eines **V e r l u s t e s** des Geschädigten, dessen Risiko in den Verantwortungsbereich eines Dritten fällt und ihn bei Verwirklichung des Risikos, also im Schadensfall, ersatzpflichtig macht. Anders ausgedrückt bedeutet das, daß "in unserem Haftpflichtsystem die Verantwortungsordnung der Schadensordnung vorgeordnet ist."²¹⁹⁾ Ein Ausgleich findet also immer dann statt, wenn einer Person zuzurechnende, da zu ihrem Haftungsbereich gehörige Umstände bei einem Dritten einen Verlust verursachen.

Der Bereicherungsanspruch dient dagegen, ohne an Verantwortungsbereiche anzuknüpfen, ausschließlich dem Ausgleich eines aufgrund ungerechtfertigter Vermögensverschiebung erlangten Vermögens **v o r t e i l s**.

Zum anderen orientiert sich die Feststellung des Schadens an den Verhältnissen und dem Interesse des Geschädigten, d. h. des **A n s p r u c h s b e r e c h t i g t e n**. Im Bereicherungsrecht bestimmt sich dagegen der Ausgleich nach den persönlichen Verhältnissen des Bereicherten, d. h. des **A n s p r u c h s v e r p f l i c h t e t e n**.

Übereinstimmend bezwecken jedoch beide Anspruchskategorien ihrem Wesen nach den Ausgleich einer Vermögensveränderung, so daß hinsichtlich der Feststellung des Inhalts beider Ansprüche eine grundsätzliche Interessengleichheit vorliegt.

219) H. **R e i n e c k e**, Schaden und Interesseneinbuße, S. 52

Zwar ist also eine analoge Anwendung der Grundsätze des Schadensersatzrechts auf das Bereicherungsrecht wegen der wesentlichen Verschiedenheit der durch diese beiden Anspruchskategorien zu regelnden Sachverhältnisse ausgeschlossen. Doch steht einer Anwendung lediglich der Berechnungsmethode beim Schadensersatz auf den Wertersatz im Bereicherungsrecht nichts im Wege. Naturgemäß ist dann statt eines Schadens der Bereicherungsvorteil zu berechnen und sind statt der Verhältnisse des geschädigten Anspruchsberechtigten die des bereicherten Anspruchsverpflichteten zu berücksichtigen.²²⁰⁾ Festzuhalten ist demnach, daß die Übertragung der schadenersatzrechtlichen konkreten Berechnungsmethode auf die Wertfeststellung nach § 818 II BGB durchaus der grundsätzlichen Interessensgleichheit beider Ansprüche entspricht.

Während jedoch im Schadensersatzrecht oder etwa nach der von S c h u l z und J a k o b s vertretenen "Eingriffstheorie",²²¹⁾ der ohne das schadenstiftende Ereignis oder die widerrechtliche Handlung bestehende, hypothetische Vermögensstand mit demjenigen, der vor Eintritt des Schadensereignisses oder der widerrechtlichen Handlung bestand, zu vergleichen ist, bleibt nach der hier²²²⁾ vertretenen Auffassung von der Vermögensverschiebung als einheitlicher Grundlage des Bereicherungsanspruchs die Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe ausgeschlossen. Die Differenzrechnung stellt sich im Bereicherungsrecht auf der Grundlage einer

220) Vgl. v. M a y r, a.a.O., S. 591

221) Vgl. oben S. 18 ff.

222) Vgl. oben S. 37 ff.

e i n g e t r e t e n e n , n i c h t
w e g z u d e n k e n d e n V e r m ö -
g e n s v e r s c h i e b u n g a l s r e c h n e -
r i s c h e P r ä z i s i e r u n g d e r f ü r d e n W e r t e r s a t z
r e l e v a n t e n " R e f l e x w i r k u n g d e s
B e r e i c h e r u n g s e r w e r b s a u f d a s V e r m ö g e n d e s
S c h u l d n e r s " ²²³⁾ d a r . D i e s e r A n s i c h t b e s c h e i -
n i g t J a k o b s ²²⁴⁾ , o b g l e i c h e r d a s V e r -
m ö g e n s v e r s c h i e b u n g s e r f o r d e r n i s a b l e h n t , K o n s e -
q u e n z : " I n e i n e m B e r e i c h e r u n g s r e c h t , d a s a l l e i n
d e r R ü c k f o r d e r u n g v o n V e r m ö g e n s v e r s c h i e b u n g e n
d i e n e n s o l l , i s t d i e s e V e r n a c h l ä s s i g u n g o d e r
g a r M i ß a c h t u n g d e s V e r g l e i c h s d e s t a t s ä c h l i -
c h e n m i t d e m h y p o t h e t i s c h e n S t a n d d e s S c h u l d -
n e r v e r m ö g e n s a n s i c h w e d e r v e r w u n d e r l i c h n o c h
z u b e a n s t a n d e n . "

2. Der subjektive Vermögensbegriff

Die hier vertretene Bezogenheit des Bereiche-
rungsanspruchs auf die konkreten Verhältnisse
des Bereicherten setzt das für den Wertersatz
nach § 818 II BGB entscheidende "Interesse"
in eine notwendige Abhängigkeitsbeziehung zu
einem konkreten Vermögensbegriff, der sich am
Bereicherungsschuldner zu orientieren hat. Ein
objektiv-summativer Vermögensbegriff als eine
Ansammlung von geldwerten Rechten und Rechts-
verhältnissen ist mit dem individuell ver-
schiedenem Interesse des jeweiligen Bereicher-
ten an dem erlangten Vermögensgut ebensowenig
vereinbar wie er im Schadenersatzrecht das sub-

223) v. M a y r , a . a . O . , S . 590, (Sperrung v.
Verf.)

224) A . a . O . , S . 138

jektive Interesse des Geschädigten zu berücksichtigen vermög.²²⁵⁾ Für eine sich am Interesse des Bereicherten orientierende Wertfeststellung können ausschließlich objektive Vermögensgegebenheiten keine Rolle spielen, vielmehr ist auf die einzelwirtschaftliche Position, verstanden als die Werthaftigkeit des erlangten Bereicherungsgegenstandes für den Bereicherten abzustellen. Dieser konkret auf den Bereicherten bezogene Vermögensbegriff ist eine Folge des Inhaltswechsels des Herausgabeanspruchs in einen Wertersatzanspruch. Die subjektive Komponente des Vermögens ist für den Anspruch nach § 812 I 1 BGB bedeutungslos²²⁶⁾, da die personale Beziehung zu dem "Erlangten" insofern unberücksichtigt bleiben kann, als der Bereicherte mit der Herausgabe in natura nicht mehr und nicht weniger als die Vermögensposition rückgängig macht, die der Bereicherungsgegenstand gerade bei ihm bewirkte.

3. Der objektiv abstrakte Wert als obere Grenze des Interesses

Fraglich ist nun noch, ob das vermögenserhebliche Interesse des Bereicherten über den gemeinen Wert hinausgehen kann, ob mit anderen Worten der Verkehrswert die obere Grenze des konduktionsrechtlichen Wertersatzes bildet. Zur Lösung dieses Problems sei es erlaubt, vergleichsweise das steuerliche Bewertungsrecht heranzuziehen. Nach der in § 6 EStG²²⁷⁾ expli-

225) Vgl. M e r t e n s, a.a.O., S. 126

226) Für die Bestimmung des durch die Vermögensverschiebung "Erlangten" ist vielmehr ausschließlich der juristische Vermögensbegriff im Sinn von "Rechtszuständigkeit" heranzuziehen, vgl. oben S. 43 ff.

227) Abs. I 1 Satz 3: Teilwert ist der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebes im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde.

zierten, auf dem subjektiven Vermögensbegriff beruhenden Teilwertidee ist der Wert des einzelnen Vermögensbestandteiles vom Gesamtwert der wirtschaftlichen Einheit abzuleiten. Zur rechnerischen Erfassung des Einzelwertes wurde die grundsätzliche und unwiderlegbare Vermutung entwickelt, daß ein Vermögensgut niemandem mehr wert sein könne als den Preis, zu dem er sich je nach Marktlage wiederbeschaffen läßt.

Neuner²²⁸⁾ und ihm insoweit folgend Merten²²⁹⁾ haben diesen Satz in das Schadenersatzrecht übernommen. Wegen der grundsätzlichen Interessengleichheit bei der Feststellung des Umfangs von Schadenersatz und bereicherungsrechtlichem Wertersatz²³⁰⁾ kann die These vom objektiven Wiederbeschaffungspreis als Obergrenze des Interesses auch für den Anspruch nach § 818 II BGB rezipiert werden. Wenn aber das vermögenserhebliche Interesse des Bereicherten den durchschnittlichen, objektiven Wert eines Vermögensgutes nicht zu übersteigen vermag, dann ist damit bereits ausgedrückt, daß der Verkehrswert als Grenze des Schuldnerinteresses nicht außerhalb, sondern innerhalb der hier vertretenen Auffassung von der konkret auf den Bereicherten bezogenen Regelung des § 818 II BGB anzusetzen ist.²³¹⁾

228) AcP 133, S. 277 ff. (S. 307)

229) A.a.O., S. 147

230) Vgl. oben S. 77 ff.

231) Für den Schaden ebenso Neuner, a.a.O.
Merten, a.a.O., S. 148

4. Die Beweislast

Von besonderer praktischer Bedeutung ist für die konkret auf den jeweiligen Bereicherten bezogene Wertfeststellung die Beweislastverteilung. Nach herrschender Ansicht hat der Anspruchsberechtigte das Vorliegen einer Bereicherung nachzuweisen.²³²⁾ Man könnte dementsprechend den Gedanken in Erwägung ziehen, daß der Bereicherungsgläubiger das die wertmäßige Bereicherung nach § 818 II BGB bestimmende Interesse des Bereicherten zu beweisen habe. Eine derartige Konsequenz wäre jedoch nur aus der allgemein herrschenden Ansicht heraus verständlich, die unter Außerachtlassung persönlicher Umstände den Wert des Bereicherungsgegenstandes objektiv-abstrakt bestimmt. Demgegenüber hat auf der Grundlage der personalen Bezogenheit des Anspruchs nach § 818 II BGB entsprechend den Grundsätzen der Beweislastverteilung²³³⁾ jede Partei die Voraussetzungen für das Vorliegen der Normen nachzuweisen, auf die sie ihr Prozeßbegehren stützt. Beantragt also der beklagte Bereicherungsschuldner Abweisung einer Klage auf Ersatz des objektiven Verkehrswertes, da er nur ein geringerwertiges Interesse an dem Bereicherungsgegenstand hatte, trifft ihn hierfür die Beweislast.

III. Die Bedeutung des "venire contra factum proprium" für die Wertermittlung

Dem Bereicherungsschuldner muß der Einwand,

232) Vgl. statt aller: P a l a n d t - T h o m a s, § 818, Anm. 8

233) Vgl. R o s e n b e r g - S c h w a b, § 118 I 3, S. 582

infolge eines geringerwertigen Interesses hatte er nur in Höhe eines niedrigeren als des objektiv-abstrakten Wertes, jedoch dann versagt werden, wenn er bewußt ein fremdes Rechtsgut in Anspruch nimmt. Das gilt sowohl für die Bereicherung durch ^{als auch} ~~und~~ ohne Leistung. Wesentlich ist, daß der sich Bereichernde durch sein Verhalten zeigt, daß ihm gerade an der ihm erbrachten Leistung oder von ihm erlangten Eingriffsbereicherung gelegen ist. Ließe man in diesen Fällen die Berufung des Schuldners auf billigere Beschaffungsmöglichkeiten, entgegenstehenden Willen oder ähnliches mehr zu, hieße das, eine aufgrund widersprüchlichen Verhaltens unzulässige Rechtsausübung zu sanktionieren. Vielmehr gilt hier das Verbot des venire contra factum proprium. Dann ist es auch angebracht, den Schuldner mit der Begründung in Höhe des Verkehrswertes haften zu lassen, daß er sich an der von ihm selbst geschaffenen Sachlage festhalten lassen müsse. Während Rechtsprechung und Literatur in den Nutzungs- und Verbrauchsfällen das Vorbringen eines geringerwertigen Interesses seitens des Schuldners regelmäßig mit dieser Begründung abschneiden, wollte die zum Beweis der Richtigkeit dieser Ansicht immer wieder herangezogene Entscheidung des RG²³⁴⁾ offensichtlich nur dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens Rechnung tragen. Der Tatbestand des bekannten "Gleisanlagenfalls" war im wesentlichen folgender: Der Kläger gestattete der Beklagten über ein ihm gehöriges Grundstück eine Gleisanlage zu deren Grundstück zu legen, damit diese unmit-

234) RGZ 97, 310 ff.

telbaren Anschluß zum Eisenbahnindustriegleis habe. Die Menge der zu transportierenden Güter erhöhte sich ebenso wie die Benutzung des klägerischen Grundstücks, als die Beklagte auf einem anschließenden Grundstück eine Fabrik errichtete und ihren Güterbedarf so erhöhte. Der Kläger duldete diese Mehrbenutzung zunächst, verbot sie jedoch dann mit der Maßgabe, sie nur bei angemessener Nutzungsvergütung durch die Beklagte dulden zu wollen. Dessenungeachtet setzte die Beklagte die erhöhte Benutzung fort. Das RG gab der Klage auf Zahlung einer angemessenen Vergütung gemäß § 818 II BGB von dem Zeitpunkt an, als die Beklagte Kenntnis von dem Verbot erhielt, statt.

In den Gründen dieses Urteils heißt es unter anderem: Sie (sc. die Beklagte) kann, nachdem der Kläger gegen die Mehrbenutzung Einwendungen erhoben hat, nicht geltend machen, sie würde niemals eine Vergütung gezahlt, sondern selbst eine andere Gleisanlage gebaut, also dem Kläger niemals² etwas zugewendet haben. Sie muß sich vielmehr, nachdem sie trotz der Einwendungen das Gleis unbefugt benutzt hat, gefallen lassen, daß sie an der Sachlage, wie sie selbst solche geschaffen hat, festgehalten wird. Sie kann nicht einwenden, daß sie, wenn sie schon früher von der unentgeltlichen ordnungswidrigen Mehrbenutzung hätte Abstand nehmen müssen, sich in anderer Weise geholfen haben würde, während sie sich tatsächlich für die betreffende Zeit eben nicht in anderer Weise geholfen

h a t.²³⁵⁾

J a k o b s²³⁶⁾ kommt in seiner Kritik dieser Entscheidung zu dem Ergebnis, daß das RG der Beklagten die Berufung auf mangelnde Bereicherung deshalb versagt habe, da sie in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit das Grundstück weiter benutzt habe. Er sieht die "ratio decidendi" also in der Bösgläubigkeit der Beklagten. Darauf kann es jedoch nicht entscheidend ankommen. Wesentlich für die Beurteilung dieses Falles ist vielmehr, daß der Beklagten eben gerade an der Benutzung d i e s e r Gleisanlage gelegen war, was aus der trotz Verbots unter Vergütungsvorbehalt erfolgten weiteren Benutzung durch die Beklagte hervorgeht. Die Verwirklichung der Absicht der Beklagten, gerade das Grundstück des Klägers zu nutzen, verbietet es ihr, sich auf andere, ihr zur Verfügung stehende Transportmöglichkeiten zu berufen, da ihr Verhalten dann widersprüchlich wird. Zwar liegt ausnahmslos ein "venire contra factum proprium" vor, wenn der Schuldner die Bereicherung in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit erlangt und sich einem Zahlungsbegehren des Entreicherten mit der Begründung widersetzt, er habe noch andere unter dem geforderten Verkehrswert liegende Beschaffungsmöglichkeiten gehabt und sei deshalb nur zu einem entsprechend geringeren Wertersatz verpflichtet. Jedoch gibt es andererseits genügend Fälle, in denen der Bereicherte ohne Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit ein widersprüchliches Verhalten zeigen kann. Folgendes Beispiel möge das verdeutlichen:

A erteilt dem unerkannt geisteskranken Gärtner B den Auftrag, seinen Garten gegen angemessene

235) A.a.O., S.312 (Sperrung vom Verfasser)

236) A.a.O., S.150

Vergütung umzugraben. Nach Ausführung der Arbeit fordert der gesetzliche Vertreter des B von A wegen nichtigen Vertrages gemäß § 818 II BGB Ersatz für die Arbeitsleistung in Höhe der ortsüblichen Vergütung.

In diesem Fall hatte A keine Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit der von B erbrachten Leistung. Dennoch ist es ihm verwehrt, die angemessene Vergütungsforderung des B etwa deshalb nicht zu erfüllen, weil er bei Bereicherungseintritt auch noch auf preisgünstigere Angebote als das des B hätte zurückgreifen können. Denn auch hier ist es von entscheidender Bedeutung, daß A durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, die Leistung des B und nicht die irgendeines anderen in Anspruch nehmen zu wollen. Es würde eine nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung bedeuten, wollte A dem Zahlungsanspruch des B auf Ersatz des Verkehrswertes der Arbeitsleistung ein geringerwertiges Interesse entgegenhalten, da er die gleiche Leistung zu einem niedrigeren Preis oder gar unentgeltlich hätte erlangen können.

Festzuhalten ist demnach, daß für die Wertbemessung nach § 818 II BGB die Berufung des Bereicherten auf eine unter dem Verkehrswert liegende Bereicherung dann unbeachtlich ist, wenn er sich damit in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt und so entsprechend dem aus § 242 BGB resultierenden Verbot des "venire contra factum proprium" ein Recht unzulässig ausüben würde.²³⁷⁾ Das gleiche gilt selbstverständlich für den Bereicherungsgläu-

237) Vgl. K l e i n h e y e r JZ 61, S. 473 ff. (477)

biger, wenn er etwa für die Nutzung einer ihm gehörigen Sache durch den Bereicherten, die ihm bereits über einen längeren Zeitraum bekannt ist, von der Erlangung der Kenntnis an keine oder nur eine geringe Vergütung gefordert hat. Wendet sich der Bereicherungsgläubiger nun, an den Schuldner, obgleich er die Nutzung längere Zeit unentgeltlich oder gegen ein geringfügiges Entgelt gestattet hat, unter Hinweis auf deren Rechtsgrundlosigkeit mit einem Anspruch nach § 818 II BGB auf Zahlung der verkehrsüblichen Vergütung an den Schuldner, verstößt er gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.²³⁸⁾ Hier dürfte der Schuldner auf die durch das Verhalten des Gläubigers geschaffene Lage, wonach dieser ihm die Nutzung kostenlos bzw. gegen eine unter dem Verkehrswert liegende Vergütung überlassen wollte, vertrauen, so daß das widersprüchliche Verhalten des Gläubigers eine unzulässige Rechtsausübung darstellt.

C Zusammenfassung:

Die Bestimmung des nach § 818 II BGB zu leistenden Wertersatzes richtet sich nach den konkreten Verhältnissen des Bereicherten, wenn und soweit sie sich als sein vermögenserhebliches Interesse an dem durch eine Vermögensverschiebung erlangten Bereicherungsgegenstand darstellen. Die Haftung in Höhe des abstrakt zu bestimmenden Verkehrswertes greift subsidiär ein, wenn vom objektiv-abstrakten Wert abweichende Interessen des Bereicherten fehlen oder nicht feststellbar sind oder, wenn seine

238) Ebenso K l e i n h e y e r a.a.O.

Berufung auf derartige Interessen gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" verstößt. Das "vermögenserhebliche Interesse" ist wie im Schadenersatzrecht als Differenzbetrag zu verstehen, jedoch hinsichtlich des kondiktionsrechtlichen Wertersatzes und entsprechend der hier vertretenen Auffassung vom Erfordernis der Vermögensverschiebung in § 812 BGB als Vergleich des Vermögensstandes beim Schuldner vor und nach Erlangung des Bereicherungsgegenstandes.

3. K A P I T E L

Der Zeitpunkt der Wertfeststellung nach
§ 818 II BGB

A. Die Vermögensverschiebung als maßgeblicher Zeitpunkt

Uneinigkeit herrscht im Schrifttum darüber, welcher Zeitpunkt für die Wertermittlung im Rahmen des § 818 II BGB maßgeblich ist. Nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung soll der Wert, den der Bereicherungsgegenstand bei Übergang in das Vermögen des Bereicherten hatte, zu ersetzen sein.²³⁹⁾

239) Vgl. P a l a n d t - T h o m a s, § 818 Anm. 5c; S o e r g e l - M ü h l, § 818 Anm. 12; S t a u d i n g e r - S e u f e r t, § 818 Anm. 25; F i k e n t - s c h e r, Schuldrecht, S. 629; L a r e n z, SchR Bd. II, S. 436; RGZ 101, S. 391; BGHZ 5, S. 197, 200; BGH in NJW 1962, S. 581; OGH, DRiZ 50, S. 327

B. Andere Auffassungen über den Zeitpunkt
 der Wertermittlung

I. Die Meinung von Heinrich Lange

Nach Meinung von Heinrich L a n g e²⁴⁰⁾ ist dagegen auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Wertersatzanspruch geltend gemacht wird, im Falle einer Klage also regelmäßig auf den Schluß der mündlichen Verhandlung. Aus zeitbedingter Sicht begründet er seine Ansicht praktisch in erster Linie mit der Unbilligkeit, welche die durch die Währungsreform bedingte Umstellung von Reichsmark in DM für den Bereicherungsgläubiger einer in der RM-Zeit entstandenen, jedoch erst in der DM-Zeit geltend gemachten Wertersatzforderung nach § 818 II BGB bedeutete. Beispielhaft führt er die Fälle an, in denen Grundstückseigentümer während der RM-Zeit ihr Grundstück vermieteten oder verpachteten, und der Mieter oder Pächter in dieser Zeit auf dem fremden Boden ein Haus errichtete. Wenn nun der Eigentümer nach der Währungsumstellung eine Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses herbeiführte und gemäß § 946 BGB sein Eigentum an dem Haus geltend machte, konnte der Mieter bzw. Pächter nach §§ 951 I 1, 818 II BGB Wertersatz fordern. Gehe man nun von dem nach herrschender Meinung für die Höhe des Wertersatzes maßgeblichen Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes aus, so bestehe, ^{meint Lange,} der nach der Währungsreform geltend gemachte Anspruch lediglich im Verhältnis 10:1. Folge man also der Meinung der herrschenden

240) NJW 1951, S. 685 ff. (688)

Lehre und Rechtsprechung, "so verläßt der Erbauer mit einigen tausend DM das Grundstück und dem Eigentümer verbleiben mindestens 9/10 des vom Erbauer geschaffenen Wertes".²⁴¹⁾

Demgegenüber sei der Grundgedanke des Bereicherungsrechts, "daß der Bereicherte die gesamte Bereicherung herausgeben muß". Im Gegensatz dazu stünden einige Entscheidungen des RG, wonach das Entgelt aus Verkauf nicht unter § 818 I BGB falle und somit nicht herauszugeben sei.²⁴²⁾ Wenn das RG²⁴³⁾ den Zeitpunkt der Erlangung des Bereicherungsgegenstandes für die Wertbemessung nach § 818 II BGB herangezogen habe, so sei das geschehen, um den Erlös aus der Bereicherungshaftung nach § 818 I BGB auszuschließen.

II. Die Entstehung des Anspruchs nach § 818

II BGB

Ein anderer, von der herrschenden Ansicht abweichender Teil der Literatur²⁴⁴⁾ vertritt die Meinung, daß der Zeitpunkt des Unvermögens bzw. der Unmöglichkeit der Herausgabe maßgebend sei. Danach verbleiben Wertsteigerungen, die das "Erlangte" bis zum Eintritt der Vor-

241) A. a. O.

242) RGZ 86, S. 347; 101, S. 391; 136, S. 136

243) RGZ 101, S. 391

244) RGRK - S c h e f f l e r, Anm. 46, vor § 812 zu Unrecht unter Bezugnahme auf L a n g e, NJW 51, 687, vgl. oben S. 90 ff., E r m a n - S e i l e r, § 818 Anm. 56, F u r t n e r MDR 61, S. 649 ff.

aussetzungen des § 818 II BGB erfährt, dem Bereicherungsgläubiger.

III. Die Auffassung von Koppensteiner

In jüngster Zeit hat sich K o p p e n - s t e i n e r²⁴⁵⁾ der Ansicht L a n g e ' s mit einer Einschränkung und zusätzlicher Begründung angeschlossen. Danach sollen Werterhöhungen des Bereicherungsgegenstandes grundsätzlich bis zur Geltendmachung des Anspruchs bzw. bis zur letzten mündlichen Verhandlung dem Entreicherten zugutekommen, sofern sich das "Erlangte" noch gegenständlich im Vermögen des Bereicherten befindet.²⁴⁶⁾ Scheidet das "Erlangte" vorher aus dem Vermögen des Bereicherten aus, soll der Zeitpunkt maßgeblich sein, in dem das geschieht. Das heißt jedoch nicht, daß dann mit zwingender Notwendigkeit die Entstehung der Ersatzschuld der für die Wertfeststellung entscheidende Augenblick ist. Beispielhaft führt K o p p e n - s t e i n e r den Fall der rechtsgrundlosen Bebauung eines fremden Grundstücks an.²⁴⁷⁾ Veräußere der Eigentümer Grundstück und Haus, dann komme es weder auf die Entstehung des Wertersatzanspruchs noch auf die letzte mündliche Verhandlung an, sondern auf den Zeitpunkt der Veräußerung.

Wie L a n g e führt K o p p e n s t e i - n e r für seine Ansicht den Grundsatz ins

245) NJW 71, S. 588 ff.

246) Es handelt sich hier im wesentlichen um die Fälle untrennbarer Verbindung, Vermischung und Verarbeitung.

247) A.a.O., S. 592

Feld, daß - in Ergänzung zu dem von der Rechtsprechung betonten Prinzip, wonach der Bereicherungsausgleich nicht zu einer Schädigung des Schuldners führen dürfe, - der Schuldner die gesamte Bereicherung herausgeben müsse.²⁴⁸⁾ Im wesentlichen begründet er seine These vom Feststellungszeitpunkt mit der Funktion des § 818 II BGB und der Risikoverteilung im Bereicherungsrecht. Der Wertersatzanspruch verfolge nicht einen eigenständigen Ausgleichszweck, sondern gewährleiste den grundsätzlich in den §§ 812, 818 I BGB normierten, restitutionellen Ausgleich der Bereicherung, wenn die gegenständliche Herausgabe aus irgendeinem Grund unmöglich ist. Die auf Herausgabe gerichteten Ansprüche nach §§ 812, 818 I BGB stellten die bereicherungsrechtliche "Normalabwicklung"²⁴⁹⁾ dar, an der sich der Umfang des Wertersatzanspruchs zu orientieren habe. Wenn nämlich der Bereicherungsgegenstand von der rechtsgrundlosen Erlangung bis zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs nach § 812 BGB eine Wertsteigerung erfahre, so komme diese mit der Restitution dem Entreicherten zugute. Genauso verhalte es sich, wenn ein dem Bereicherten etwa aufgrund Zerstörung des "Erlangten" zustehender Schadensersatzanspruch nach § 818 I BGB an den Entreicherten abzutreten sei. Da die grundsätzliche bereicherungsrechtliche Ausgleichsregelung der §§ 812, 818 I BGB Wertsteigerungen nach Erlangung dem Entreicherten zuweise, müsse der lediglich als Lösung des Problems der Herausgabeunmöglichkeit

248) A.a.O., S. 590

249) A.a.O., S. 595

zu verstehende Wertersatzanspruch mit der "Normalabwicklung" nach § 812, 818 I BGB in Einklang gebracht werden. "§ 818 Abs. 2 ist mit anderen Worten so auszulegen, daß das wirtschaftliche Ergebnis des Wertausgleichs demjenigen entspricht, was sich bei Anwendung jener Vorschriften ergeben würde."²⁵⁰⁾ Hinter diesem Versuch einer dogmatischen Begründung steht jedoch - deutlich ausgesprochen - ein Gerechtigkeitspostulat, nach dem der mit der Entreichungsgefahr nach § 818 III BGB belastete Gläubiger in den Genuß von Wertsteigerungen kommen soll. "Im schuldlos gelösten Bezugssystem des Bereicherungsrechts läßt sich die Verteilung von Wertminderungsrisiken und Wertzuwachschancen zu Lasten nur einer Partei schwerlich rechtfertigen."²⁵¹⁾ Diese Erkenntnis begründet K o p p e n s t e i n e r mit dem Satz: Cuius est periculum, eius et commodum esse debet.²⁵²⁾

C. Kritik an Koppensteiner

Die Kritik an dem von der herrschenden Ansicht zum Wertfeststellungszeitpunkt abweichenden Teil der Literatur kann sich auf K o p p e n s t e i n e r beschränken. Die Zweispurigkeit seiner Theorie vereint alle denkbaren Zeitpunkte und wird zudem neben bekannten, mit neuen Begründungen vorgetragen.

250) A.a.O., S. 591

251) Ebenda

252) Ebenda

I. Methodische Fehlerhaftigkeit der Auslegung
des § 818 II BGB

Soweit K o p p e n s t e i n e r § 818 II BGB keine eigenständige Ausgleichsfunktion beimißt und im Wertersatzanspruch lediglich Folge und Lösung der Restitutionsunmöglichkeit sieht, muß ihm zugestimmt werden. Aus der bereicherungsrechtlichen "Normalabwicklung" nach den §§ 812, 818 I BGB, die zweifelsohne dem Gläubiger Wertsteigerungen des Bereicherungsgegenstandes bis zur Herausgabe zugutekommen läßt, eine Verschiebung des Bewertungszeitpunktes auf die Geltendmachung des Anspruchs bzw. das Ausscheiden des "Erlangten" aus dem Schuldnervermögen konstruieren wollen, heißt eben diese "Normalabwicklung" verkennen.

Als entscheidende Fehlerquelle der Thesen K o p p e n s t e i n e r ' s erscheint seine Forderung: "§ 818 II BGB ist mit anderen Worten so auszulegen, daß das w i r t - s c h a f t l i c h e Ergebnis des Wertausgleichs demjenigen entspricht, was sich bei Anwendung jener Vorschriften (sc. §§ 812, 818 I) ergeben würde."²⁵³⁾ Denn mit juristischer Methodik hat eine derartige "Auslegung" nichts gemeinsam, jene fordert vielmehr letztlich die Erforschung der rechtspolitischen Zwecksetzung der auslegungsbedürftigen Norm.²⁵⁴⁾

Der Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB verfolgt keinen eigenständigen Ausgleichszweck,

253) A.a.O., S. 591, Sperrung vom Verfasser

254) Vgl. L a r e n z. Methodenlehre, S. 258 f., B a r t h o l o m e y c z i k, a.a.O., S. 40 ff.

sondern dient dem grundsätzlich in § 812 I 1 BGB normierten Postulat des Bereicherungsrechts. Danach ist ein Vermögensgut herauszugeben, wenn es ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen eines Dritten erlangt wurde. Die in § 812 I 1 BGB angeordnete gegenständliche Rückgängigmachung einer rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung wird bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution durch eine wertmäßige ersetzt. Für die Höhe des Wertersatzanspruchs - und damit für die Fixierung des Feststellungszeitpunktes - kommt es also wie bei § 812 BGB auf die des Rechtsgrundes entbehrende Vermögensverschiebung an.

Die Ansicht K o p p e n s t e i n e r ' s von der Maßgeblichkeit der Geltendmachung des Anspruchs nach § 818 II BGB oder des Ausscheidens des Bereicherungsgegenstandes aus dem Schuldnervermögen für die kondiktionsrechtliche Wertfeststellung muß sich folglich an der Frage messen lassen, ob die zwischen Bereicherungseintritt und den so fixierten Feststellungszeitpunkten eingetretenen Wertveränderungen sich unter dem Begriff "rechtsgrundlose Vermögensverschiebung" subsumieren lassen. Es ist mit anderen Worten zu untersuchen, ob die von K o p p e n s t e i n e r dem Entreicherten zuerkannten Wertsteigerungen des erlangten Bereicherungsgegenstandes aus dessen Vermögen ohne rechtlichen Grund erlangt sind.²⁵⁵⁾ Wertsteigerun-

255) Vgl. N i p p e r d e y in MDR, 1955; S. 664: "Vielmehr ist die Frage, inwieweit eine Bereicherung herauszugeben ist, danach zu beantworten, inwieweit der Bereicherte dem Entreicherten gegenüber kein Recht zur Erhaltung der Vermögensmehrung hat."

gen, die ein aus einem fremden Vermögen einmal erlangter Gegenstand im eigenen Vermögen erfährt, können jedoch denknotwendig nicht aus dem Vermögen des Entreicherten erlangt sein. Eine Beziehung des so eingetretenen Vermögenszuwachses zum Vermögen des Entreicherten besteht allenfalls insofern, als der Bereicherte die durch eine Wertsteigerung erfolgte Vermögensmehrung o h n e den Erwerb des Bereicherungsgegenstandes nicht erzielt hätte. Die Subsumption des Gegenstandes der Bereicherung unter den Begriff "rechtsgrundlose Vermögensverschiebung" schließt jedoch die Berücksichtigung von Kausalverläufen aus.²⁵⁶⁾ Wertsteigerungen des Kondiktionsgegenstandes sind "also nicht "aus", sondern allenfalls "mit dem Vermögen"²⁵⁷⁾ des Entreicherten erzielt, fallen demzufolge nicht unter das nach geltendem Bereicherungsrecht bestehende Ausgleichsgebot einer "rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung" und können deshalb die Höhe des Wertersatzes nach § 818 II BGB nicht beeinflussen. Aus diesem Grunde muß mit der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung am Bereicherungseintritt als maßgeblichem Zeitpunkt der Wertermittlung nach § 818 II BGB festgehalten werden.

Es liegt im übrigen in der Natur der Sache und ist ^{gleichsam} ~~quasi~~ unvermeidbar, daß mit der gegenständlichen Herausgabe des "Erlangten" nach § 812 I1BGB immer der Wert zurückgewährt wird, den der Bereicherungsgegenstand im Restitutions-

256) Vgl. oben, S. 79 f.

257) Vgl. J a k o b s, a.a.O., S. 63

zeitpunkt hat. Die mit der Restitution nach § 812 I 1 BGB zwangsläufig verbundene Zuweisung von Wertveränderungen an den Entreicherten kann jedoch, wie eben gezeigt wurde, nicht der Teleologie des geltenden Bereicherungsrechts zugeschrieben werden. Die Höhe des Ersatzes nach § 818 II BGB ^{über eine} ~~ist~~ entsprechende Zeitpunktfixierung von Wertschwankungen abhängig zu machen, die der Bereicherungsgegenstand bis zu seinem Ausscheiden aus dem Schuldnervermögen, andernfalls bis zur Geltendmachung des Anspruchs erfährt, entspricht ausschließlich der von K o p p e n s t e i n e r geforderten w i r t s c h a f t l i c h e n Harmonisierung, nicht jedoch dem r e c h t l i c h e n Gleichklang beider Ausgleichsregelungen.

II. § 818 I BGB als argumentum e contrario für den Zeitpunkt der Vermögensverschiebung

Die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der grundlosen Vermögensverschiebung bei der Wertfeststellung nach § 818 II BGB wird auch nicht durch den Hinweis auf die mit der Surrogationsherausgabe nach § 818 I BGB unter Umständen verbundene Besserstellung des Entreicherten erschüttert. Zweifelsohne sind bei der Feststellung der Höhe eines Schadenersatzanspruches, der dem Bereicherten wegen schuldhafter Zerstörung des Bereicherungsgegenstandes durch einen Dritten zusteht, die zwischen Bereicherungseintritt und Untergang des "Erlangten" eingetretenen Wertsteigerungen zu berücksichtigen. Mit der nach § 818 I BGB vor-

geschriebenen Abtretung dieses Anspruchs an den Entreicherten kommen eventuelle Werterhöhungen folglich diesem zugute. In einem solchen Fall erhält der Gläubiger über § 818 I BGB demnach mehr, als wenn er auf den Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB angewiesen wäre.

Zur Vermeidung einer derartigen Diskrepanz jedoch den nach § 818 II BGB maßgeblichen Zeitpunkt auf das Ausscheiden des Bereicherungsgegenstandes aus dem Schuldnervermögen zu verlegen, stellt sich wiederum einzig und allein als die von K o p p e n s t e i n e r betriebene w i r t s c h a f t l i c h e Gleichschaltung dieser Bereicherungsansprüche dar. Bei r e c h t l i c h e r Würdigung der Ansprüche nach § 818 I und II BGB ergibt sich, daß es sich hier um zwei Normen mit verschiedenartigem Ausgleichszweck handelt, wovon erstere die Ausnahme, letztere die Regel bildet. Grundsätzlich verpflichtet eine die Unmöglichkeit der Herausgabe verursachende "Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung" den Bereicherten zum Wertersatz nach § 818 II BGB. Gemäß § 818 I BGB gilt etwas anderen nur dann, wenn der Schuldner "E r s a t z für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirkt."²⁵⁸⁾ Ausnahmsweise ist dann das Surrogat herauszugeben bzw. d e s s e n Wert zu ersetzen und nicht der des Bereicherungsgegenstandes. Diese in demselben Umfang auch in anderen Fällen²⁵⁹⁾ wiederkehrende Ausnahme, die zugleich die Regel bestätigt, ist aus dem gemeinen Recht

258) Sperrung vom Verfasser

259) Vgl. §§ 281 I, 718 II

übernommen.²⁶⁰⁾ Entgegen der Auffassung K o p p e n -
p e n s t e i n e r ' s bietet § 818 I BGB
das argumentum e contrario dafür, daß bei der
Wertfeststellung nach § 818 II BGB - wenn also
ein Surrogat für den die Herausgabeunmöglich-
keit verursachenden Umstand nicht erworben
wurde - auf den Zeitpunkt der Vermögensver-
schiebung abzustellen ist.

III. Die Anwendbarkeit der Parömie "cuius est periculum, eius et commodum esse debet"

Schließlich vermag auch die von K o p p e n -
s t e i n e r ins Feld geführte Parömie
"cuius est periculum, eius et commodum esse
debet" seine Thesen nicht zu stützen. Dieses
abstrakt gehaltene Gerechtigkeitspostulat, das
in ebenso allgemeinen wie verschiedenartigen
Formulierungen im römischen Recht mehrmals²⁶¹⁾
auftaucht, ist nämlich in seiner rechtlichen
Relevanz von einem konkreten Bezugspunkt ab-
hängig. Gültigkeit hat dieser Satz nur inso-
fern, als "demjenigen, welcher die Gefahr
eines bestimmten Ereignisses trägt, auch
der von diesem Ereignis
verursachte Gewinn gebührt."²⁶²⁾ Die Annahme
K o p p e n s t e i n e r ' s, der Vorteil von
Wertsteigerungen nach Vermögensverschiebung
und das Risiko des Bereicherungsfortfalls
lasse sich unter die vorstehend bezeichnete

260) Vgl. W i n d s c h e i d - K i p p, Bd. II, S. 94, FN. 6

261) Vgl. I. 3, 23, 3; D. 50, 17 10: "Secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequenter incommoda."; C. 6, 2, 22, 3: "ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur."

262) W i n d s c h e i d - K i p p, Bd. II, S. 357; ähnlich I h e r i n g, Abhandlungen, S. 41; D e r n o u r g, Bd. II, S. 591; F. M o m m s e n, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. I. Heft (1859), S. 32.

Regel subsumieren, ist dann aber nicht richtig. Denn es ist undenkbar, daß ein Wertzuwachs des Bereicherungsgegenstandes und eine Verminderung der Bereicherung auf ein- und demselben Ereignis beruhen.

IV. § 818 III BGB als argumentum e contrario
für den Zeitpunkt der Vermögensverschiebung

Für die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der rechtsgrundlosen Erlangung bei der Wertbemessung spricht nicht zuletzt auch die in § 818 III BGB getroffene Regelung. Danach gehen Wertminderungen des Bereicherungsgegenstandes zwischen Vermögensverschiebung und Rechthängigkeit zu Lasten des Entreicherten. Wenn man jedoch wie K o p p e n s t e i n e r, F u r t n e r oder L a n g e die Wertfeststellung auf einen späteren Zeitpunkt als den des Bereicherungseintritts bezieht, weist man nicht nur die von diesen Autoren immer angeführten Wertsteigerungen, sondern auch die zwischenzeitlich eingetretenen Wert m i n d e r u n g e n über § 818 II BGB dem Entreicherten zu. Dann würde aber mit dem Wertersatzanspruch des § 818 II BGB ein Sachverhalt geregelt, der nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers²⁶³⁾ ausschließ-

263) Vgl. Protokolle, Bd. II, S. 706: Der leitende Gesichtspunkt der Mehrheit der II. Kommission für die Einführung einer dem jetzigen § 818 III entsprechenden Bestimmung bestand darin, dem Bereicherten aus der Durchsetzung des Anspruchs keinen Schaden entstehen zu lassen. In jedem Fall aber "erleide er (sc. der Bereicherte) Schaden, wenn er den Wert des Erlangten, obwohl der nicht mehr in seinem Vermögen sei, herausgeben müsse, ..."

lich durch den Tatbestand des § 818 III BGB gedeckt wird.

Aus § 818 III BGB läßt sich demnach - ähnlich wie eben aus § 818 I BGB - das argumentum e contrario für den Bereicherungseintritt als maßgeblichen Zeitpunkt der Wertfeststellung herleiten: Da das Risiko von Wertminderungen des Bereicherungsgegenstandes dem entreicherten Gläubiger durch die Rechtsfolge des § 818 III BGB aufgebürdet ist, kann dieselbe Rechtsfolge nicht für den Tatbestand des § 818 II BGB gelten. Mit anderen Worten: Die Höhe des Anspruches aus § 818 II BGB bemißt sich nach dem Wert zur Zeit der Vermögensverschiebung, da mit einer Fixierung auf jeden späteren Zeitpunkt § 818 II BGB im Fall von Wertminderungen nach Vermögensverschiebung die schon in § 818 III BGB ausdrücklich ausgesprochene Rechtsfolge anordnen würde.

D. . Zusammenfassung:

Mit der herrschenden Ansicht in der Literatur und der Rechtsprechung ist § 818 II BGB dahingehend auszulegen, daß der Wert des "Erlangten" zur Zeit der Vermögensverschiebung ersetzt werden muß.

L e b e n s l a u f

Ich, Karl Thomas Pankow, wurde am 4.3.1944 als Sohn von Paul Pankow und seiner Ehefrau Maria, geb. Enzinger, in Buckow bei Berlin geboren. Vom Jahre 1950 bis 1954 besuchte ich die Volksschule in Ottonbrunn bei München. Im Jahre 1954 wechselte ich an das humanistische Wilhelmsgymnasium in München über, wo ich die Reifeprüfung ablegte. Im Wintersemester 1964 begann ich an der Münchener Ludwig-Maximilians-Universität das Studium der Rechte, das ich mit der ersten juristischen Staatsprüfung im Februar 1969 abschloß. Seit 1. April 1969 befinde ich mich als Rechtsreferendar in der Ausbildung des Freistaates Bayern.

